الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

كتاب إحياء الموات

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٨٠
إحياء الموات
دار العلوم

الفقه

الجزء الثمانون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقّحة ومُصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب إحياء الموات

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب احياء الموات

[كتاب احياء الموات] والغالب فيه اتباع الشرائع في ترتيب المسائل ، والله المستعان .

اشتهر في بعض الالسنة [من احيى مواتاً ملكه][1] وهذه الجملة تشتمل على كلمات أربع هي ما المراد بـ[مـن] الذي يحيى ، وما هي كيفية [الاحياء] وخصوصيانه وما المراد بـ[الموات] وهو بضم الميم وفتحه، وما المراد بـ[ملكه] أي حصول الاضافة الخاصة، وحيث ان الثلاثة الاخر تأتى فى المستقبل نتكلم الان حول الرابع .

فنقول : هناك امور حقيقية كالاجسام ونحوها ، وامور انتزاعية لها تقرر فى ظرف ما كزوجية الاربعة فهي حقيقة منتزعة عن الاربعة سواء كان موجوداً فى الخارج أو فى الذهن أو لا وليست كذات المعدود خارجية، وامور اعتبارية قوامها اعتبار المعتبر الذي بيده الاعتبار كمالية الاوراق النقدية التى ان اعتبرها المعتبر كانت لها قيمة والا لم تكن لها قيمة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ج : ٦ .

والملك حيث كان عبارة عن صحة تصرفات المالك في المملوك ـ ليست من القسم الاول، اذ ليس هناك في الخارج الاذات المالك والمملوك ـ بل كان بعض أقسامه انتزاعياً كملك الله سبحانه لمخلوقاته ، حيث انه بمجرد الخلق ينتزع منه الملك فيكون مالكاً ، والذات مملوكة حتى ان القدرة لاتتعلق بسلب الملكية عنه تعالى ، مثل عدم تعلق القدرة بسلب زوجية الاربعة ، وان تعلقت باعدام الاربعة .

وقد ورد في الحديث في ادخال الارض في بيضة انه لايكون ،[1] وصفة الله بالملك صفة فعل لاصفة ذات على ماذكروا في ميزان الصفتين ، فان صح ايجابها وسلبها مثل الخالق والرازق وماأشبه كانت صفة فعل، وان لم يصح سلبها كانت صفة ذات كالعالمية والقادرية وماشبه ،كما ان بعض أقسامه اعتباري ممن له الاعتبار مثل ملك الانسان لشيء اذا اعتبره الشرع ، أوالقانون ملكاً ، خلافاً لما لايعتبره مثل ملك المسلم للخمس مثلا ، أولانسان حر ، الى غير ذلك . ثم ان الملك اذا كان لله سبحانه كان له صفات ذكرناها في كتاب : [الفقه ـ الاقتصاد] مما لاداعي الى تكراره هنا ، وتلك الصفات لاتوجد في ملك الانسان الاعتباري .

أما ملك الانسان فهو عبارة عن صحة تصرفاته،ان كان مقيداً بدين أوقانون كان محدوداً بحدودهما ، مثل عدم صحة صنع التمر خمراً ، واتلاف المال سرفاً وان لم يكن مقيداً كان له كل تصرف، وبزياد ونقيصة حق تصرفاته يشتد الملك ويضعف ، فمعنى [ملكه] في الجملة السابقة ان له التصرف ، ومنه قوله سبحانه «لااملك الانفسي وأخي» وماورد في بعض الروايات من تسمية النكاح ملكاً ،

---

(١) التوحيد : ص ١٢٢ طبع جامعة المدرسين بقم .

لان الانسان يتصرف بعض التصرفات في نفسه ومطيعه وزوجته .

وقد يطلق على بعض مراتب الملك [الاختصاص] مثل قولهم : الجل ملك الفرس ، كما يطلق الحق على الملك ـ وهو المنصرف من الحق ـ ويطلق احياناً على الملك الضعيف ، مثل قولهم حق الزوجة في القسم وماأشبه ذلك، وقولهم : فلان أحق بالامر الفلاني ، لايرادبه التفضيل غالباً ، بل انه حقه ، لا انه أكثر حقاً من غيره حتى يحق لغيره أيضاً ، وقدذكرنا في [كتاب ـ الاقتصاد] ان من الجائز عقلا جعل الملك لغير الانسان من جماد أو حيوان ، لكن الشارع لم يقرره ، وان قرره بعض القوانين .

نعم ، قرر الشارع الوقف والوصية وماأشبه لغير الانسان ، مثـل الوقف على المدرسة والمسجد وعلى الدابة ونحوها .

ثم ان احياء الموات ينقسم الى الاحكام الخمسة كماذكرنا في باب المعاملات مما لاحاجة الى تفصيله هنا .

فقول الجواهر : اتفقت الامة على جوازه بل استحبابه والمرجع فيه العرف كغيره مما ليس له حقيقة شرعية ـ انتهى .

ذكر الغالب من الجواز والاستحباب ، لانه أراد نفي الاقسام الثلاثة الاخر ويستفاد استحباب الاحياء في نفسه من مارواه المسالك ، عن جابر انه صلى الله عليه وآله وسلم قال : من احيى أرضاً ميتة فله فيه أجر وماأكله العوافى منها فهى صدقة، الى غيرها من الروايات .

والاحياء، حيث لم يذكر الشارع حقيقة جديدة له كان اللازم مراجعة العرف فى مايسمى احياءاً أو لا ؟ حتى يترتب عليه الملك وعدمه .

وكيف كان ، الاصل فيـه روايات متواترة ذكرت فـى بعضها [اللام]

الظاهرة في الملك بكل شؤنه ـ باستثناء ما خرج من الشئون بدليل شرعي ـ وفي بعضها [الحق] وفي بعضها الجمع بين اللفظين .

ففي الصحيح . عن أبي جعفر عليه السلام ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : [من أحيى مواتاً فهو له] .(١)

وقول أبي جعفر ، وأبي عبدالله عليهما السلام ، في صحيح آخر [من أحيى مواتاً فهي له] ـ(٢) وهو وهي ، باعتبار اللفظ والمعنى ـ .

وفي خبر السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم : [من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه اليه أحد ، أو أحيا أرضاً ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله] ـ(٣) ولعل التأكيد بقضاء من الله ورسوله لان الفرس والروم ، كالدولة الشيوعية الان والرأسماليون الغربيون ، كانوا اتخذوا الارض لانفسهم ، ولاحق لغيرهم فيها ، فان من يلاحظ التاريخ يجد انهم اتخذوا مال الله دولا وعباده خولا ودينه دغلا .

وفي صحيح ابن مسلم ، عن الصادق عليه السلام : [أيما قوم احيوا شيئاً من الارض وعمروها فهم أحق بها وهي لهم] .(٤)

وفي صحيح : آخر ايما قوم احيوا شيئاً من الارض ، أو عمروها فهم أحق بها .(٥)

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ج ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب من كتاب احياء الموات / ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٨ الباب ٢ من كتاب احياء الموات / ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٦ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٦ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ح ٣ .

وفي النبوي صلى الله عليه وآله وسلم المروي في المستدرك : من أحاط حائطاً على الارض فهي له .[1]

وفي آخر عنه صلى الله عليه وآله وسلم : [عادى الارض لله ولرسوله ثم هى لكم منى] .[2]

أقول: الملك المذكور كمايستفاد من ظاهر الرواية طولي ومعناه ان الادنى له التصرفات اذا لم يرد الأعلى ، وواضح ان [اللام] للملك .

قال ابن مالك :

واللام للملك وشبهه وفي تعدية أيضـاً وتعليل قفى

وفي المسالك روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم: موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم منى أيها المسلمون .[3]

ومنه يعلم، انه لاوجه لكلام بعض المعلقين على الجواهر، حيث جعل هذا الحديث عامياً ، حيث رواه عن سنن البيهقي .[4]

وكيف كان ، فالموتان فيه لغتان بفتح الميم والواو وبفتح الميم وسكون الواو ، واما الموتان بضم الميم وسكون الواو ، فهو الموت الذريع ـ كذا في المسالك ـ .

وروي السيد الرضي في المجازات النبوية ، انه قال صلى الله عليه وآله وسلم : [من احيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق] .[5]

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ح ٤ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ح ٥ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من كتاب احياء الموات / ح ٢ .
(٤) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٣ .
(٥) المجازات النبوية ص ١٤٩ .

وروي الغوالي، عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : من سبق الى مالم يسبق اليه أحد فهو أحق به .[١]

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : عادى الارض لله ولرسوله ، ثم هي لكم مني فمن احيا مواتاً فهي له .[٢]

وروي درر اللئالي، عن جابر ، انه صلى الله عليه وآله وسلم قال: [من احيا أرضاً ميتة فله فيها أجر وماأكلت الدواب منه فهو له صدقة][٣]. الى غير ذلك من النصوص مماستمر عليك جملة منها انشاءالله تعالى .

ثم ان الملك والحق ـ كما تقدمت الاشارة اليه ـ يطلقان على شيء واحد يقال : هذا ملكه ، ويقال : هذا حقه، سواء في المراتب الضعيفة أو القوية، اذ قد يطلق أي منهما على مايقبل كل أقسام التصرف كالبيع والرهن والاجارة والعارية وغيرهـا ـ الاما خرج بالدليل ـ وقـد يطلق على ما لايصح للمالك التصرف لعارض كالصغر والحجر، وان كان له شأنية التصرف ، وقد يطلق على ماللمالك بعض التصرف دون بعض مثل البيع المشروط بعض أقسام التصرف فيه دون بعض مثل ماإذا شرط عليه ان لايبيعه أوماشبه ذلك .

أما [الحكم] فالمشهور عندالمتأخرين انه غير [الحق] لكن حيث لم نستبعد عدم وجود الحكم الوضعي فالحكم حق له بعض خواص الحق الكامل فلايقبل الاسقاط والبيع ولايورث وماأشبه ذلك ، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب الشركة] بالمناسبة فراجع .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٤ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

فصل في الارضين

(مسألة ـ ١ ـ) الارض والمراد بها الاعم من كل أقسامها من الصخرية والجبلية والرملية وغيرها ، أما عامرة ، وأما موات ، فالعامرة ملك لمالكها ، ويعرف انها لمن هي بالشهود أو اليد أو الشياع الذي يعتمد عليه العرف ، وقد ذكرنا في كتاب :[القضاء ، والشهادات ، والتقليد] ظهور الدليل في عدم اشتراط افادته للعلم ، وكذلك اذا قامت حجة على الملكية مثل الاوراق المعتبرة فانها داخلة في الاستبانة ، حيث قال عليه السلام : الى ان تستبين[1].

ومن الواضح لزوم عدم المعارض للادلة المذكورة مثل بينتين متعارضتين أوشياعين كذلك اوشياع وورقة ، الى غير ذلك الا اذا كان أحدهما أقوى كالبينة المعارضة لليد ، حيث تقدم البينة كما ذكرنا بعض تفصيله في [كتاب الشهادات].

ثم انه انما يملك الانسان الارض بأحد شيئين: الاقطاع من النبي او الامام او نائبهما على الاصح من ان للنائب حتى في زمن الغيبة ما للمنوب عنه والاحياء ونحوه والكلام الان في الاحياء، حيث ان الارض التي يستولي عليها المسلمون على اربعة اقسام : المفتوحة عنوة ، سواء كان بالجهاد الابتدائي ، او الدفاعي ، وهي ملك

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٥٩ الباب ٤ من أبواب ، ما يكتسب به ح ١ .

لكل المسلمين ، والظاهر اختصاص ذلـك بالاراضي لاالدور ونحوهـا ، فهي لاتسلب من ايدي اهل البلاد ، ولذا لم يسلب النبي صلى الله عليـه وآله وسلم بيوت اهل مكة ولم يؤجرها لهم ولابيوت اهل خيبر ، وانما استولى على اراضيهم فقط فكان منه صلى الله عليه وآله وسلم الارض ، والعمل وسائر شئون الزرع من البذر والعوامل وغيرهما من اليهود .

والحاصل مناصفة بينهما كما يظهر من جملة من الروايات ذكرناها في [كتاب المزارعة] و المفتوحة صلحاً : وهي حسب ما قرر الحاكم الاسلامي في الصلح من انها لهم ، أو للمسلمين ، أو بالاشتراك ، و اذا صالح ان يكون للمسلمين لافرق بين ان يكون الصلح على نحو جعلها مفتوحة عنوة ، أو على نحو استملاك الحاكم لها ، فيصح له بيعهـا و نحو ذلك لاطلاق الادلة ، و الفيء من هذا القبيل كفدك والعوالي ، كما سيأتي الكلام فيه .

والمفتوحة اسلامياً بأن أسلم أهلها عليها ، وهي محياتها تكون لهم لاطلاق أدلة الملك و مماتها تكون لمن أحياهـا لاطلاق أدلة من احيي و من سبق وما أشبه .

والتي استولى المسلمون عليها بدون ان يكون أحد الاقسام السابقة ، وهذا القسم مثل الموات المتقدمة يملكها المحي بالاحيـاء ـ و سيأتي الكلام في التحجير ـ ولافرق في مالكية المحيء بين ان يكون مسلماً ، أو كافراً ، و لو حربياً ، فان الكافر الحربي له أحكامه قبل استيلاء المسلمين عليه و على أمواله فهو حر وعرضه وماله مصون في قبال غير المسلم ، و في قبال المسلم ، بدون شرائط الاسترقاق وشرائط الاستيلاء على المـال والنساء والاطفال ، ولذا اذا تنازع كافران حربيان في زوجة ، أو جراح أو مال أو ما أشبه ورجعوا الى

قاضينا كان عليه ان يحكم حسب حكم الاسلام ، أو حسب حكمهم .

حيث قال سبحانه : «ان أحكم بينهم بما انزل الله»[١].

و ورد : «الزموهم بما التزموا به»[٢].

فان الجمع بين الدليلين يقتضي تخيير الحاكم ، و لذا حكم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بحكمهم في الزاني .

وقال علي عليه السلام : لحكمت بين أهل التورات بتوراتهم[٣]. الى آخره كما ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء والشهادات] وقد أيدالجواهر انالحربي يملك، قال: ولافرق فيما ذكرنا بينالموات فيبلاد الاسلام [أيغير المفتوحة عنوة وصلحاً و ما أشبه] و غيره لاطلاق الادلة ، خلافاً لما يظهر من بعض ، ولابين الذمي وغيره منأقسام الكفار، وان كان لناتملك ما يحييه الحربي كباقي أمواله ـ انتهى .

ثم انهم اختلفوا فى أنه هل يملك الكافر بالاحياء ؟ وهل اذن الامامالمالك للاراضى بذلك؟ الى أربعة أقوال، هى انه يملك ، وانه لايملك مطلقاً واناذن الامام ، والتفصيل بين اذنه فيملك و عدم اذنه فلا يملك ، و انه لا يأذن الامام أي ليسله صلاحية الاذن ، لان الامام إنما يعمل حسب الدستورات الشرعية، ولايحقله الاذن ،كما لايحق لهان يجيز الازدواج بالاخت مثلا .

قال سبحانه : «لولا ان ثبتناك لقدكدت تركن اليهم شيئاً قليلا اذاً لاذقناك

---

(١) سورة المائدة : الآية/٤٨ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الاخوة ح ٢ ، ٥ .

(٣) المناقب : ج ٢ ص ٣٨ .

ضعف الحياة وضعف الممات»[(١)] فانه كغيره يدل على جواز تخطى الامام كالنبى عن أحكامه سبحانه .

و كيف كان ، فالاقرب من هذه الاقوال هى القول الاول، ويدل عليه جملة من الروايات الدالة على صحة أحيائهم و اشتراء الارض منهم ، بالاضافة الى السيرة المستمرة القطعية ،حيث كانوا يملكون الارض بالاحياء فى بلاد الاسلام حالهم حال المسلمين .

ففى صحيح محمد بن مسلم قال : سـألته عن الشراء من أرض اليهود و النصـارى ؟ فقال : ليس به بأس ، وقد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم على أهل خيبر فخارجهم على ان يترك الارض فى أيديهم يعملون بها و يعمرونها، وما بها بأس اذا اشتريت منها شيئاً، وايما قوم أحيوا شيئاً من الارض أو عملوه فهم أحق بها وهى لهم[(٢)].

ولعل الفرق بين أحيوا وعملوا ان الاول بالزرع والثانى ببناء البيوت، و ما أشبه ، لان الارض تحيى حقيقة بالزرع ، حيث تتبدل بنفسها بالزرع ، و ان كان يسمى كلاهما احياءاً باعتبار آخر ، أو ان المراد بعملوا التحجير .

و صحيح أبى بصير ، سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن شراء الارضين من أهل الذمة ؟ فقال: لابأس بأن يشترى منهم اذا عملوها واحيوها فهى لهم ، وقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم حين ظهر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أمر وترك الارضين فى أيديهم يعملونها ويعمرونها[(٣)].

---

(١) سورة الاسراء : الآية/٧٤ .

(٢) الوسائل : ج ١١ ص ١١٨ الباب ٧١ من جهاد العدوح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٠ الباب ٤ من إحياء الموات ح ١ .

أقول : لعل الرسول صلى الله عليه وآله و سلم أعطى خيبر لهم ملكاً بشرط اعطائه صلى الله عليه و آله و سلم الحصة الجـزية ، ولذا استدل بذلك الامام في هاتين الروايتين، وان كان ذلك ينافي استدلالهم في [كتاب المزارعة] بأمثال هذه الروايات ، حيث ظاهرهم هناك ان الارض كانت للرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، باعتبار انها مفتوحة عنوة ، ولذا كان الأمر من باب المضاربة .

ويؤيد ذلك ما رواه الصدوق في الفقيه قال : قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على خيبر فخارجهم على ان يكون الارض في أيديهم يعملون فيها ويعمرونها ومابأس لو اشتريت منها شيئاً، وايماقوم أحيوا شيئاً من الارض فهم أحق به وهو لهم[١].

ومارواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره ، عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ، عن شراء أرض اليهود والنصارى؟ قال : لابأس قد ظهر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على خيبر فخارجهم على ان يترك الارض في أيديهم ويعمرونها وما بها بأس ان اشتريت ، و أي قوم أحيوا منها فهم أحق به وهي لهم[٢].

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم قال: ومن أشترى أرض اليهود وجب عليه مايجب عليهم من خراجها، وأي أرض ادعاها أهل الخراج لايشتريها المشتري الابرضاهم[٣].

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من إحياء الموات ح ٧ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ٣ ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ٣ من أبواب إحياء الموات ح ٣ .

هذا بالاضافة الى المطلقات التى تقدمت جملة منها ، أمـا الاقوال الاخر مثل القول بعدم ملك الكافر وان اذن له الامام فهو الظاهر من أول كلام الشرائع بل عن التذكرة وجامع المقاصد دعوى الاجماع عليه .

قال الاول : وأما الموات فهو للامام لايملكه أحد ، وان أحياه ما لم يأذن له الامام واذنه شرط ، فان اذن ملكه المحي له اذا كان مسلماً ولا يملكه الكافر ولو قيل بملكه مع اذن الامام كان حسناً .

وقال : الثاني : اذا اذن الامام لشخص في أحياء الارض ملكها المحي اذا كان مسلماً و لايملكها الكافر بالاحياء ولابأذن الامام له في الاحياء ، فان اذن له الامام فأحياها لم يملك عند علمائنا .

وقال الثالث : يشترط كون المحيي مسلماً فلو أحياه الكافر لم يملك عند علمائنا ، وان كان الاحياء باذن الامام .

أقول : كلامه هذا ينافي المحكى عنه في مكان آخر ، حيث قال: والحق ان الامام لو اذن له بالتملك قطعنا بحصول الملك له، وانما البحث في ان الامام هل يفعل ذلك نظراً الى ان الكافر اهل أم لا ؟ و الذي يفهم من الاخبار و كلام الأصحاب العدم .

ومثل القول بانه لايجوز للامام الاذن : وهو ظاهر الروضة والمسالك حيث حكى عن أولهمـا قوله ، وفى ملك الكافر مع الاذن قولان ، و لااشكال فيه لو حصل انما الاشكال في جواز اذنه عليه السلام له نظراً الى ان الكـافر هل له أهلية ذلك أم لا ؟ و مثل القول بان الامام لم يأذن خارجاً ـ و ان صح له الاذن و يملك الكافر لو أذن ـ .

وهذه الاقوال الثلاثة : [لايأذن] و [لم يأذن] و[اذن لكنه يملك] قد استدل

للاولين منهابماصرح فيه بلفظ المسلمين، وللثالث: بان الكافر ليس أهلا للملك فالاذن اذا حصل افاد الاختصاص لاالملك .

أما الثالث : ففيه انـه اجتهاد في قبال الاطلاقات والروايات الخـاصة المتقدمة، وأماالاولان ففيهما ان دلياهما من الروايات لايمكن تركها بحالها بعد الروايات المصرحة بملك اليهود والنصارى، مماتقدم مثل: ثم هي لكم مني أيها المسلمون .

وصحيح الكابلي، عن الباقر عليه السلام قال : وجدنا في كتاب علي عليه السلام : [ان الارض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين][1] انا وأهل بيتي الذين أورثناالله تعالى الارض، ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها، ويؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي وله ماأكل منها، وان تركها أو خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحياها فهو أحق بها من الذي تركهـا فليؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي ولـه ماأكل حتى يظهر القائم عليه السلام ، من أهل بيتي بالسيف فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كمـا حواها رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم ، ومنعها الا ما كان فى أيدي شيعتنـا فيقاطعهم على مافي أيديهـم ويترك الارض في أيديهم.[2]

فان الرواية وان دلت على انه عليه السلام لم يأذن الا للمسلمين الا ان الجمع بينها وبين ماتقدم من الشراء من الكفار يقتضي حمل هذه على بعض المراتب المعنوية مثل الروايات الدالة على حرمة تصرف غير المؤمن في كل شيء حيث

(١) سورة القصص : الآية/٨٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٩ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

تحمل على بعض المراتب المعنوية والأخلاقية ولو بقرينة اعطاء الرسول(ص) سهماً للمؤلفة واعطاء علي(ع) عطايا الخوارج، واعطاء الحسين (ع) الماء لمن جاء لحربه الى غير ذلك ، فانه اذا كان حراماً لم يجز اعطائهم كما هو واضح .

والحاصل: ان الله سبحانه ملك الكون لهم لأنهم خلفائه ونوابه ، فاللازم اخلاقاً ان يكون كل تصرف واستملاك لشيء منه باذنهم ، ولذا قام الاجماع المحكى عن الخلاف والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها على اشتراط اذنهم في تملك المحيى .

وفى النبوي المروي في الاخير: ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه[1]، وقد أذنوا في الاحياء والتملك حتى للكفار . كما دلت عليه الروايات المتقدمة ، فمادل على الاختصاص بالمسلم أو بالشيعة محمول على نوع من الاخلاقية لا الحكم الشرعى، فانه طريق الجمع العرفي بينهما، وقد تقدم جريان السيرة عليه ، بل لو أخذت بظاهر روايات تحريم كل شيء على غير المسلم والمؤمن لزم عدم صحة شرائهم من المسلم والمؤمن مع انه لاينكره أحد .

ثم ان الروايات وان دلت على أحياء أهل الكتاب الا أن اطلاقات : [من أحيى] و [من سبق] مع عدم قول بالتفصيل بينهم وبين سائر الكفار أوجب عدم القول بالفرق ، ولذا تقدم عن الجواهر الفتوى بذلك حتى بالنسبة الى الحربى .

---

(١) كنوز الحقائق : ج ٢ ص ٧٧ ـ ٧٨ (المطبوع على هامش الجامع الصغير) .

(مسألة ـ ٢ ـ) لايختص الحكم المتقدم بالموات من الارض، بل كل مالم يسبق اليه أحد، فهو كذلك، سواء كان ماءاً أوجبلا أو معدناً أو غابة أو أجمة أو كلاءاً أو غيرها، لاطلاق الادلة العامة، ولروايات متفرقة خاصة ، مثل: [الكم] و [من سبق] ومثل ماتقدم في الارض .

ومثل مارواه سليمان بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارهاويعمرها ويزرعهاماذا عليه؟ قال: عليه الصدقة[1].

ومارواه عبد الله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال ، سأل وانا حاضر عن رجل أحيى أرضاً مواتاً فكري فيها نهراً وبنى فيها بيوتاً وغرس نخلا وشجراً ؟ فقال : هي له وله اجر بيوتها وعليه فيها العشرفيما سقت السماء أو سيل واد أوعين، وعليه فيما سقت الدوالي والغرب نصف العشر[2].

ومثل الروايات الواردة في بيع المـاء ، مثل مارواه الكليني ، عن سعيد الاعرج، عن أبي عبدالله (ع) قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغني بعضهم عن شربه أيبيع شربه ؟ قال : نعم ان شاء باعه بورق، وان شاء بكيل حنطة [3].

ومثل ماورد في الكلاء قال محمد بن عبدالله ـ فيما رواه الكليني ـ: سألت الرضا عليه السلام، عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا أو أكثر يأتيه الرجل فيقول: اعطني من مراعي ضيعتك، واعطيك

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٨ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٨ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٢ الباب ٦ من أبواب احياء الموات ح ١ .

كذا و كذا درهماً؟ فقال ، اذا كانت الضيعة له فلابأس[1]. الى غيرها ممايأتي في محله، ومثل مادل على الخمس في الكنز والمعدن والغوص، وكذا الصيد بأقسامه الثلاثة من الامثلة الكثيرة الواردة في مختلف أبواب الفقه .

ثم انه لايحق لاحد ان يستغل أكثر من حقه مما يضر بحقوق الاخرين ، وذلك للجمع بين دليلي [من سبق] و [من احيى] وما أشبه ، وبين دليل [لكم] ونحوه ، فاذا كان بحر على شاطئه ألف عائلة يعيشون بالاسماك لا يحق لاحدهم ان يصيد كل الاسماك ليبقى غيره جائعاً ، واذا كانت قرية فيها ألف فلاح لايحق لاحد ان يستغل أكثر من حقه من الارض بحيث يبقى غيره بدون أرض، سواء كان استغلاله ومنع غيره بسبب قانون جائر يمنع مثلاً العجم من استملاك الارض دون العرب ، أو بسبب قوة شخصية ورشوة للدولة تمنع غيره عن الاستفادة، وأن كان القانون يسمح للكل، واذا فرض مثلاً في أرض العراق مليون فلاح تكفي لهم الارض نصفهم من العرب يسمح القانون باستملاكها لهم ونصفهم من غير العرب لا يسمح القانون بذلك ، لا شك ان حقهم في الاستملاك لايسقط، لكن ما دام القانون الجائر موجوداً يحق للعرب ان يسبقوا الى كل الاراضي ويعمروها، لكن هذا الحق مادامي، فاذا سقط القانون الجائر حق للنصف المحروم ان يأخذوا نصف الاراضي من أولئك بمقتضى [لكم] مثل منع القانون الجائر دخول المسجد لعشرة ، حيث ان العشرة المباح لهم يحق لهم التوسعة على أنفسهم في المسجد فيأخذ كل انسان مكان انسانين.

أما اذا سقط القانون و دخل هؤلاء المحرومون المسجد لا يحق لاولئك

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٦ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ١ .

الاولين منع هؤلاء بحجة انـهم سبقوا، بل اللازم اخلاء نصف المسجد لهم وهكذا، وعليه فاذا استولى اولئك النصف المليون على كل الاراضي لا يحق لهم تنقيص الارض بما اذا سقط القانون لم يتـمكن المحرمون من الاستـفادة من الارض ، فـاذا نقصوها وسقط القانون حق لهؤلاء المحرمون أخذ البدل منهم لانهم تووا حق هؤلاء، وقد ذكر الفقهاء في باب الغصب ان المغصوب منه يأخذ من الغاصب (١) ذات الشيء، كعبائته (٢) وما تلف بسببه كما اذا احرق الغاصب سند داره مما سبب جعل الدولة الجائرة الدار في حكم املاك الدولة حيث لاسند لها ، فأنه باحراقه أتلف داره بالاول (٣) وما سقط بسبب اتلاف الذات، مثلا : زوج باب قيمتـه ثلاثة ، فاذا أحرق الغاصب مصراعاً مما يبقى لصاحب الباب قيمة دينار كان حق المغصوب منه ديناران ، لانـه اتلف ديناراً و أهدر ديناراً (٤) بل قد يقال بضمانه اتلاف النسبة وان كانت فوق القيمة العادلة فاذا كان شيء يسوى لانسان قيمة مرتفعة ، بل قد كلفه ذلك القيمة، فأتلفه انسان كان عليه ان يؤدى اليه تلك القيمة بالنسبة اليه لا القيمة السوقية، مثلا : انسان صغير الرجل لا يصنع له الحذاء الا بقيـمة ضعف قيمة الحذاء العادي لاجل صعوبة صنع الحذاء الصغير من جهة عدم توفر القالب وماأشبه، لكن قيمة ذلك الحذاء اذا اريد عرضه في السوق قليلة جداً لعدم راغب فيه فأتلفه متلف، فهل يعطي قيمته السوقية ، كنصف قيمة الحذاء العادي مثلا ، أو قيمته النسبية ، أي بالنسبة الى مالكه، أي ضعف قيمة الحذاء العادي؟ لا يبعد الثاني ، لان العرف يرى انه حقه، ولا يتوى حق امرء مسلم[1]، ويحتمل النصف في المثال، لان على

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ أنوار الشهادات ح ٥ .

اليد منصرف الى القيمة السوقية، وكيف كان فمحل المسألة كتاب الغصب.

هذا اذا نقصت الارض بسبب الفلاحين والعمار السابقين ، أما اذا انشؤ السابقون فيها منشآت، مثل جعلها بساتين وبناء الدور ونحوها فيها ، فهل لهؤلاء المحرومين هدم أبنيتهم وقلع أشجارهم مطلقاً؟ أو اذا علموا بحق المحرومين من قبل ، ومع ذلك بنوا وغرسوا، أو لا حق لهم مطلقاً ؟ وانما الارض لهؤلاء المحرومين والبناء والشجر للسابقين؟ احتمالات، من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : ليس لعرق ظالم حق [1]، ومن انه لاوجه للاضرار به بعد ان كان جاهلا، فيشمله دليل لاضرر[2]، بخلاف ما اذا كان عالماً فقد هتك حرمة مال نفسه بنفسه ومن انه حتى مع العلم لاوجه للاضرار، فاذا غصب خشبة غيره وبنى عليها و كانت قيمة الخشبة عشرة وقيمة ما بنى عليها ألف ، فهل يحق لصاحب الخشبة هدم البناء لاجل خشبته ؟.

وكذا اذا سبب قلع لوحة غرق السفينة المحملة باشياء صاحب السفينة الغاصب للوح.

والحاصل : ان لاضرر معارض من الجانبين، فاللازم أما الصلح القهري وأما انتقال المال من أحدهما الى الاخر عيناً بالبيع ونحوه أو منفعة بالايجار ونحوه جمعاً بين الحقين ، ولا منافاة بين ان لا يكون لعرق ظالم حق واقلعها وارم بها وجهه، وبين دليل لا ضرر لما تقدم من مثالي السفينة والبناء فتأمل.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الموات ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ، ٤ ، ٥ .

(مسألة ــ ٣ ــ) قال في الشرائع: والارض المفتوحة عنوة للمسلمين قاطبة لايملك أحد رقبتها ، ولايصح بيعها ورهنها ــ انتهى .

أقول : هو كذلك نصوصاً وأجماعاً ، و ان كان أقوال اخر نادرة ، مثل حق البيع للامام ، وحق البيع تبعاً للاثار ، وحق البيع في زمان الغيبة، لكن عدم جواز البيع و كونها للمسلمين كافة انما هو اذا كانت عامرة حال الفتح .

أما اذا كانت مواتاً فهي للامام ، و لعل المصلحة في ذلك ان العامر عمل المسلمون الفاتحون فيها فهي لهم بما انهم مسلمون .

أما الموات فحيث لايرغب فيه أحد جعل للامام ليعمره بنفسه ، حيث للامام امكانيات كثيرة يتمكن بسببها من الاعمار، وهو في كيس المسلمين أيضاً مع جعله بحيث يعمر ، كما ألمعنا الى ذلك في كتاب : [الاقتصاد] قال في الشرائع : وما كان منها مواتاً وقت الفتح فهو للامام عليه السلام .

وقد استظهرنا في كتاب : [الاقتصاد] و هنا : ان المراد بالعامر الذي هو لكل المسلمين غير البيوت ، أي الاراضي الزراعية والبساتين ونحوهما، وانما نستثني البيوت لما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمكة وخيبر وغيرهما حيث لم يأخذ البيوت منهم، وانما أخذ أراضي خيبر وبساتينها وجعلها مزارعة بأيديهم ، أي منه صلى الله عليه وآله وسلم الاراضي والبساتين ــ باعتباره ولي المسلمين ــ ومن اليهود السقي للنخيل وزراعة الأراضي، والحاصل بين الطرفين كما ذكرنا بعض اخباره في كتابي [المزارعة والمساقاة] وألمعنا الى ذلك في كتاب : [الاقتصاد] .

و كيف كان ، فالمراد بالمسلمين الاعم ممن كان حاضراً أو سيدخل في الاسلام أو يولد ، بل الظاهر حتى الكفار الذين هم في ذمة الاسلام ، لان الخراج

والمقاسمة تدخل في بيت المال ، كما يدخل فيه الخمس والزكاة وتصرف على مصالح المسلمين وبلاد الاسلام ، و لذا قال علي عليه السلام في النصراني الذي كان يتكفف اجروا له [١] وقدألمعنا الى موارد بيت المال ومصارفه في كتاب [الاقتصاد] .

والمسألتان ، أي ان المفتوحة العامرة لكافة المسلمين و الموات للامام لا اشكال فيهما ولا خلاف ، بل كلاهما اجماعي .

قال في الجواهر : بالنسبة الى أولتهما بلا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ولو من يتولد أو يدخل فيه الى آخر الامر على انها لمجموعهم لا لكل واحد منهم، ثم ادعى على عدم الملكية للرقبة الاجماع بقسميه وبالنسبة الى ثانيتهما قال : بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا عن محكيه مستفيضاً او متواتراً .

ثم اللازم ان يكون الفتح بأذن الامام والا كان كل الغنائم و منها الارض للامام، وفي حال غيبته عليه السلام ابيحت للشيعة كما ذكروا في تحليلهم عليهم السلام، لهم المناكح والمتأجر والمساكن، حالها حال سائر الاراضي ، حيث انها لهم عليهم السلام ، كما في متواتر النصوص، وانما اباحوا لمن عمرها بل الظاهر ألحق في عمرانها لغير الشيعة ايضاً للادلة الدالة على من احيى ، ولو كان كافراً كما تقدم بعض نصوصه ، وجعل غير المأذن في الفتح للامام واضح وجهه، حيث انه لو انحرفت القيادة انحرف كل شيء ، ولذا ورد : ان الاسلام بني على خمس، وانه لم يناد احد بشيء كما نودي بالولاية، [٢] وانه لا ينفع سائر الاعمال

---

(١) انظر التهذيب : ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٨١١ .

(٢) الوسائل : ج ١ ص ١٠ الباب ١ من أبواب مقدمات العبادات ح ١٠ .

الا بالولاية بتفصيل في الكلام غير مرتبط بالمقام .

وكيف كان ، فقد روي الحلبي في الصحيح قال : سأل ابو عبد الله عليه السلام ، عن السواد ما منزلته ؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد . فقلت : الشراء من الدهاقين؟ فقال : لايصح الا ان يشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين ، فاذا شاء ولي الامر ان يأخذها اخذها ، قلت : فان اخذها منه؟ قال : يرد عليه رأس ماله، وله ان يأكل من غلتها بما عمل(١).

أقول : سمى أرض العراق بالسواد لخضرتها بالزراعة ، و سيأتي الكلام حول مساحتها، وانما زرعت ، لان الفرس الذين كانوا في بغداد و عاصمتهم هناك ، كما يدل عليه طاق كسرى ، اهتموا بزراعتها ، بالاضافة الى ان الدولة العربية التي صنعتها الفرس لتكون وقاية لهم عن هجمات الروم كانت تهتم بالزراعة و العمارة لتكون سداً امام الروم الذين كانوا دائماً بصدد الهجوم على الفرس ، فان زراعة الارض وعمارتها و أهلها مانعون عن الجيش الغازي.

و الظاهر ان قوله عليه السلام : يرد عليه رأس ماله ، بصيغة المعلوم ، اى البائع ، حيث ان ما أعطاه المشتري الى البائع كان بمنزلة الموقت، اذ الاشتراء لم يكن حقيقياً ـ لان الارض لا تباع ـ بل اعطاه اياه لرفع يده ما دام في يد المشتري، فاذا أخذ الحاكم الارض منه رد البائع ثمنه فالبيع صوري وموقت وكان عمل المشتري في الارض في قبال ما يستفيد منها من الغلة ، و لذا قال عليه السلام : [وله ان يأكل من غلتها بما عمل] .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٦ الباب ١٨ من أبواب إحياء الموات ح ١ وانظر هامش الصفحة وفي التهذيب : ج ٧ ص ١٤٧ الباب ١١ في أحكام الأرضين .

وفي خبر أبي ربيع الشامي ، عنه عليه السلام أيضاً قال: لاتشتر من أرض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة ، فانما هو فيء للمسلمين [1].

أقول: الظاهر ان المراد بمن كانت له ذمة، انه يرد الثمن اذا أخذت الارض منك ، ويؤيده ماتقدم في الرواية السابقة ، ولايخفى ان فتح العراق كان باذن الامام أمير المؤمنين عليه السلام ، كمادل عليه بعض الروايات، ولذا كانت لكل المسلمين .

وخبر ابى شريح ، سألت أبا عبد الله عليه السلام ، عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه ، وقال (ع) : انما أرض الخراج للمسلمين، فقالوا له فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها، فقال (ع) لابأس الا ان يستحي من عيب ذلك [2] .

أقول : المراد بالاشتراء ماتقدم في الروايتين، والمراد بالاستحياء ان يعير عند العرف كيف تشتري؟ ولو كان الاشتراء صورياً، هذا اذا اريد بأرض الخراج المفتوحة عنوة كما هو المنصرف منه، لاماكان احياه الامام ويأخذ خراجه لانه يؤجرها لهم، اذ الحاكم الاسلامي يعمر أراضي ويؤجرها ويأخذ خراجها ليساعد بيت المال، ويسمى ذلك أرض الخراج أيضاً .

وخبر أبي بردة ابن رجاء قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: كيف ترى في شراء أرض الخراج ؟ قال : ومن يبيع ذلك هي أرض المسلمين ؟ قلت : يبيعها الذي هو في يده ، قال: ويصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال : لابأس

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٤ الباب ٢١ من أبواب عقد البيع ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٥ الباب ٢١ من أبواب عقد البيع ح ٩ .

اشتر حقه منها ويحول حق المسلمين عليه ولعلـه يكون أقوى عليهـا واملى بخراجهم.[1]

أقول: أيأقوى بزراعتها، وأقدر على دفع الخراج لانه ملي، بل الظاهر ان ذلك هو المراد من خبر اسماعيل قال: سألت أباعبد الله (ع)، عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمة من الخراج وأهلها كارهون ، وانما تقبلها من السلطان بعجز أهلها عنها أو غير عجز؟ فقال (ع) : اذا عجز أربابها عنها فلك ان تأخذها الاان يضاروا، وان أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها، قال:وسألته عن رجل اشترى أرضاً من أرض الخراج فبني بها، أولم يبن بها غيران اناساً من أهل الذمة نزلوها، له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا أدوا جزية رؤسهم ؟ قال عليه السلام : شارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال.[2]

فان الظاهر من ذيلها بقرينة صدرها، والروايات المتقدمة أراد اشتراء حق الاختصاص لااشتراء الارض ، والا ان يضاروا ، أي يكون ضرراً عليهم ، فان اضرار أهل الذمة لايجوز، وان أعطيتهم، اى أرضاءاً لهم فلايضاروا و[نزلوها] أى رأوا أرضاً خالية فضربوا أخبيتهم ونزلوا فيها، وقوله: [اذ أدوا] سؤال عن جواز أخذ شيئين منهم السلطان يأخذ منهم الجزية وهو يأخذ منهم الاجارة؟ و [شارطهم] اى عاملهم حتى لايكون غررياً واعتباطياً .

أقول: ربمايتوهم انه كيف يعطى الزارع في المفتوحة عنوة مالين مالازكاة ومالا خراجاً، مع ان من زرع فى أرض ميتة يعطي مالا واحداً زكاة فقط ؟ والجواب

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ١٢١ الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدوح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١١ ص ١٢١ الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدوح ٤ .

ان الزارع في الارض الميتة أيضاً يعطى مالين مالا لاجل احياء الارض ومالا زكاة، وكأن السائل في المقام توهم نفس هذا الايراد، فسأل كيف يعطى الذمي الجزية والاجارة ؟ فأجاب الامام عليه السلام : بأن الشرط ـ أى عقد الاجارة معهم ـ اوجب الاجرة ولاربط للاجرة بالجزية، بل لو كان الذين نزلوا الارض لزم اعطاء المستولى عليها الاجرة .

وفى المقام روايات اخر تدل على المنع عن بيع مفتوحة العنوة ، مثل رواية الجعفريات، بسنده الى علي عليه السلام، قال: لاتشترمن عقار اهل الذمة ولامن ارضهم شيئاً لانه فيىء المسلمين.[1]

وأما قول المقنع الذي هومتون الروايات : وليس بشراء أراضي اليهود والنصارى بأس يؤدي عنها ماكانوا يؤدون عنها من الخراج،[2] فالمرادبالشراء فيه ماكان المراد منه في الروايات السابقة، يبقى الكلام فيمافي جملة من الكتب من ان الحسين عليه السلام ، اشترى أربعة أميال من كل جهة ممايلى قبره الشريف ثم تصدق به على أهله ، وشرط عليهم ضيافة الزوار واباحه لجميع مواليه[3] ؟ فان صح ماذكر حمل على ان كربلاء لم تكن أول الفتح عامرة ، أو ان الامام فعل ذلك صورة، أوبالولاية المطلقة لمصلحةأهم ،أوماأشبه ذلك ، لكن قال في مفتاح الكرامة : ان هذا الخبر لم نقف عليه في شيء من كتب الاخبار ، ولافي التواريخ ولامزار البحار ولافي كلام أحدمن علمائنا الابرار ولو كان موجوداً لذكره غواص بحار الانوار ـ انتهى فتأمل.

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٧٤ الباب ٧٢ من أبواب جهاد العدو ح ٥ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ٦ ص ٣٨١ الباب ٤ من أبواب الانفال ح ٨ ـ ٩ ـ ١٠ .

هذا بعض الكلام في ما قاله المشهور من عدم جواز جريان شيء ناقل أو محرر على المفتوحة عنوة سواء كان نقلا اختيارياً كالبيع ، أوقهرياً كالارث ، وسواء كان تحريراً تاماً كالمسجد الابدي ، اوفى الجملة كالمدرسة والحسينية .

نعم ، يجوز جعلها مسجداً موقتاً كان يوقفها لمدة خمسين سنة فيكون لها حكم المسجد هذه المدة ، وبعد ذلك ترجع الى حالتها الاولية وتزول احكام المسجد عنه ، كما لم نستبعده في شرح العروة تبعاً للماتن ، لاطلاق ادلة المسجد والتأبيد انما يكون مع وقفه كذلك ، بل ذكرنا انه يبقى ابدياً مادام كان للمالك ذلك الشعاع ، فاذا كان ملكاً فكما يذهب الملك بخراب المدينة وهجرها اهلها يكون كذلك مسجدها ، اذ لم يملك المالك اكثر من ذلك ، فكما ان ملكه كان يزول لو كان ملكاً كذلك آثار ملكه ، ولا شك ان المسجد من آثار الملك فراجع تفصيل الكلام في ذلك في [الفقه] شرح العروة .

وحيث ظهر الكلام في مقالة المشهور من امتناع تحرير ونقل المفتوحة عنوة ، نقول : الظاهر جواز بناء المفتوحة عنوة ، للايجار ، فان الممنوع بيع الرقبة ونحوها ، اما ان يبنيها الحاكم الشرعي دوراً يؤجرها ، او شبه دور فلادليل على المنع ، وكذلك اذا فعل ذلك المستأجر للارض من الحاكم الشرعى فيستأجرها عشر سنوات مثلا، ويبنيها لسكنا او ما اشبه ، اذ الادلة لم تدل على أكثر من المنع عن البيع ونحوه ، وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام جملة من الاعلام .

قال فى الجواهر : ومن هنا [وأراد به مما تقدم من الروايات] صرح فى محكى المبسوط انه لا يصح التصرف فيها ببيع وشراء ولا هبة ولا معاوضة ولاتمليك ولااجارة ولا ارث ، ولايصح ان تبنى دوراً أومنازل ومساجد وسقايات

ولاغير ذلك من أنواع التصرف ، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان تصرفاً باطلا ، أى بلا اذن من الولى ، بل قيل ان مثل ذلك مافى النهاية والغنية والنافع والتذكرة فى موضع منها ، والقواعد فى الجهاد والارشاد وموضع من التحرير والمنتهى بل هو ظاهر الوسيلة والمراسم ، الى آخر كلامه [ره] فانه لو أراد المنع عن الايجار وبناء الدور ونحوها بدون اذن الامام ونائبه صح ذلك والا لم يكن له وجه .

وكيف كان، فالجمع بين المنع عن التمليك والتحرير ، وبين المنع عن الاجارة وبناء الدور لايخلو من اشكال .

أما الاقوال الثلاثة الاخر فى مسألة المفتوحة عنوة، فاحدها مااحتمله الجواهر بقوله : نعم يمكن ان يكون لولى المسلمين بيع شيء منها مثلا لمصلحتهم على اشكال فيه لاحتمال كون حكمها شرعاً بقائها وصرف خراجها كالوقف ـ انتهى .

وهل المراد بولى المسلمين الامام الاصل، أو حتى فقيه الغيبة ، وهل المراد ان البيع يكون حكماً أولياً، او ثانوياً ، لقاعدة الاهم والمهم؟ احتمالات ، وان كان فى كل ذلك نظر ، اذ ظاهر الروايات ان ذلك حكمه ، مثل حرمة الزنا وشرب الخمر ، ومن الواضح انه لاحق للرسول والامام فى تعدى حقوق الله سبحانه .

قال تعالى : « لولا ان ثبتناك لقد كدت تركن اليهم شيئاً قليلا اذا لاذقناك ضعف الحياة وضعف الممات» .[1]

---

(١) سورة الاسراء : الآية/٧٥ .

وعنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : لوعصيت لهويت[1]. الى غيرذلك ممادل على ان احكامهم الفقهية هى نفس الاحكام الثابتة لنا .

نعم، استثنى للرسول صلى الله عليه وآله وسلم أحكام خاصة ، مثل تعدد النساء لاكثرمن أربع وغيره مماذكره الشرائع وغيره في [كتاب النكاح] فهم عليهم السلام في الاحكام الفقهية، مثل سائر الامة، وكما حلاله صلى الله عليه وآله وسلم وحرامه لنا الى الابد[2]، كذلك لهم .

نعم ، لاشك انهم لو باعوا المفتوحة ظهر انه لم يكن البيع حراماً ، أما لهم ، أو لاي مسلم ، وعلى الاول كان ذلك اختصاصاً لهم كاختصاصاته صلى الله عليه وآله وسلم الفقهية .

والحاصل: ان ظاهرأحاديث الباب ان المنع عن البيع ونحوه حكم عام كالمنع عن سائر المحرمات المستتبعة للوضع ، فكما لاتكون اخت الرضاعة زوجة كذلك لاتكون المفتوحة ملكاً أومسجداً، وبهذا يظهر الكلام في حق نائب الغيبة أيضاً ـ وهو الاحتمال الثاني في كلام الجواهر ـ .

وأماالاحتمال الثالث: من كون الحكم ثانوياً من باب الاهم والمهم، فاذا احتاج الامام ونائبه الى مال ولم يكن له مورد يسد تلك الحاجة وكانت تلك الحاجة أهم جاز البيع كما يجوز قتل المسلم المترس به الكفار، فهو وان كان صحيحاً ، اذ مامن شيء حرمه الله الا وقد أحله لمن اضطر اليه ، وغيره ممادل على قانون الاهم والمهم عقلا وشرعاً ، الا ان الكلام في انه هل يأتي ذلك في

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٤٢ الباب ٤١ من أبواب جهاد النفس ح ٣ .

(٢) انظر : الكافي : ج ١ ص ٥٨ ح ١١ والوسائل : ج ١٨ ص ١٢٤ ح ٤٧ .

الوضع، أوخاص بالتكليف، فهل يصحح ذلك القانون نقل الملك كان يصحح طهارة النجس وزوجية الأخت من الرضاعة ؟

نعم ، من يقول : بأن الوضع تابع للتكليف ، لافرق عنده بين أقسام الوضع .

الثاني : ماعن الدروس من التفصيل بين زماني الغيبة والحضور فيجوز بيعها وغيره في الاول دون الثاني، والذى يمكن ان يستدل به لجواز البيع حال الغيبة أمران :

الاول : ان الادلة لاتشمل زمان الغيبة ، ولوشك في الشمول كان أصل عدم الشمول محكماً ، واذ لاشمول فأدلة من أحيى ومن سبق يشمل هذا الزمان .

الثاني : انه لاولى للمسلمين في زمان الغيبة، اذ الولى وهو الامام غائب والجائرليس بولي والفقيه ليست ولايته عامة ، بل خاصة بالاضطراريات أمثال تكفين ميت لاولي له وادارة يتيم لاقيم عليه وما أشبه ، وفي كلا الوجهين نظر ، ولذا قال في الجواهر : انه لادليل على التفصيل المزبور ، بل ظاهر النصوص المزبورة الواردة فيزمن قصور اليد الذى هو بحكم الغيبة خلافه انتهى .

وذلك لانه يرد على الوجه الاول انه لا وجه للقول بعدم اطلاق الادلة ، بل ظاهرها الاطلاق كسائر الاطلاقات واية خصوصية لادلة المقام حتى يقال : لااطلاق فيها ، ولو فرض الشك في الاطلاق فاصالة الاطلاق محكمة كما ذكروا في الاصول .

كما يرد على الوجه الثاني : انه لماذا لاتكون للفقيه ولاية عامة ، هل لان

الولاية العامة تلازم الحكومة، والحكومة الحقة لاتكون قبل زمان الامام المهدي عليه السلام ، لما دل على طاغوتية كل حكومة قامت قبل الامام المهدى عليه السلام ؟ أو لان الادلة الدالة على ولاية الفقيه قاصرة عن افادة عموم الولاية ؟ وكلا الامرين محل نظر، أماالثاني: فقد عرفت عموم ولاية الفقيه، وقد ذكرنا بعض الكلام فى ذلك في الفقه : [الاجتهاد والتقليد ، السياسة ، الحكم فى الاسلام] فراجعها .

وأما الاول : فيرد عليه أولا: انه لاتلازم بين الولاية العامة وبين الحكومة الفعلية ولذا كانت للائمة عليهم السلام ولاية مع انهم ماكان لهم سيطرة على بلاد الاسلام ظاهراً الا في جزء من زمان على عليه السلام والحسن عليه السلام .

وثانياً : الروايات الواردة بأن ماقام قبل الامام عليه السلام ، فهو طاغوت[1] لابد من حمله على التقية لقرائن: احداها انه وجه الجمع بينها وبين رعاية الائمة عليهم السلام أولادهم وبنى عمومتهم وغيرهم أمثال الحسين وزيد ويحيى وغيرهم للثورة والقيام فكانوا يضطرون للتستر على أنفسهم حتى يؤدوا رسالتهم الالهية، فقد قسموا عليهم السلام الدور بين ثقافى [هو أهم لانه لايتمكن منه الاهم عليهم السلام] هم قاموا به ، وحكومي حرضوا ذويهم عليه ، ومن الواضح انه لولا تبريهم ظاهراً من الثائرين لم يتمكنوا من اداء دورهم الثقافي أيضاً ، ويدل على ذلك ترحم ثلاثة من الائمة عليهم السلام على المختار، وماصدر عن علي عليه السلام بالنسبة اليه مما ظاهره التحريض .

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ٣٧ الباب ١٣ من أبواب جهاد العدوح ٦ .

أما مانسب الى المختار من القسوة فلاأساس صحيح له ، بل الظاهر انه من مجعولات بني امية لاسقاطه عن قلوب المسلمين .

وكلام الامام السجاد عليه السلام حول زيد ، وماورد من ان أجرالشهيد معه أجرشهيدين، وماورد من قول الامام عليه السلام انالانصار لم يفوا بعهدهم مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، حيث تركوا الثائرين طعمةلاسياف الحكومة الغاصبة في قصة مشهورة ، وتبني الائمة عليهم السلام لعوائل الشهداء .

وقول بعضهم عليهم السلام ، انه لولا الثائرون لم يعيشوا هم بسلام [كما هومضمون الاحاديث] الى غيرذلك، من القرائن لكون طعنهم عليهم السلام فيهم وقولهم : ان كل لواء طاغوت اريد به التقية ، كما طعنوا في بعض أصحابهم الاخيار حتى لايعرفوا بالانتساب اليهم، ثم اعتذروا بأنمثالهم مثال السفينةالتي كان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً ، وقد وصلت التقية حتىان السائل كان يحتاج الى بيع الخيار للوصول الى الامام، أوالى التجنن حتى يبقى سالماً ، أو يذهب الى عرفات ليسأل سؤالا ، أو ان لايسلم على الامام ، كما قال عليه السلام: لاتسلم علي فانا بمصرسوء . الى غيرذلك .

ومما يؤيد كون ماورد من الطعن تقية مارواه فيسفينة البحار فى القيام من قم المقدسة حتىيسلموا اللواء اليد الامام المهدى عليه السلام، ومافي تباشير المحرورين من قيام حكومة جعفرية قبل ظهور الامام عليه السلام، ومانشاهد منعدالة جملة من حكومات الغيبة، أمثال بعض الصفويين، وبعض القاجاريين ولذا ايديهم علمائنا الابرار امثال المجلسيين والبهائي والحر العاملي والشهيد

الثاني وغيرهم ،كما اعطى كاشف الغطاء [ره] الوكالة للملك فى نيابة الامرعنه الى غير ذلك ممالانطيل المقام بتفصيله .

ومنه يعلم، الجواب عن مافى اول الصحيفة السجادية ، كل ذلك بالاضافة الى دلالة العقل بان الله لايترك امور المسلمين سدى ، ولذا كان المشهور بين علمائنا عموم الولاية ، كما المعنا الى ذلك في كتب : [الاجتهاد والتقليد ، والحكم في الاسلام، والسياسة] .

الثالث: ماعن غيرواحد من جواز بيعها تبعاً لاثارالتصرف، وهذا القول محكى عن السرائر والمختلف وحواشي الشهيد واللمعة والروضة ، وموضع عن التذكرة والتحرير، وقد استدل له بجملة من الروايات :

مثل صحيح محمد بن مسلم، سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل وأهل الارض يقولون هى لنا ، وأهل البستان يقولون هي أرضنا ؟ فقال : لاتشترها الابرضى أهلها[1].

وخبر حريز، عن أبي عبدالله عليه السلام : رفع الى أميرالمؤمنين عليه السلام ، رجل مسلم اشترى أرضاً من أرض الخراج، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام له مالنا وعليه ماعلينا مسلماً كان أوكافراً له ما لاهل الله وعليه ماعليهم[2].

ويرد على هذا القول ان الادلة السابقة دلت على المنع عن البيع مطلقاً ، فالاثار تباع وحدها لاالارض تبعاً للاثار : و الروايتان لادلالة فيهما، اذ الرواية الاولى انما تتم دلالتها بضميمة كون مصر من المفتوحة عنوة و كون ذلك

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٤٩ الباب ١ من عقد البيع ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١١ ص ١١٩ الباب ٧١ من أبواب جهاد العدو ح ٦ .

المكان محياة حالة الفتح ، وكون الفتح كان باذن الامام ، و لو تم الامر الاول حسب التواريخ ، فالامران الاخران يبقى بدون دليل فلا بأس باجراء الملك عليها ، والسائل انما سأل عن أرض بين ساكنين و بستان في جوارها و أهله أيضاً يدعونه، والامام أجابه بانها لاهل الارض الساكنين فيها لانهم ذو اليد و الرواية الثانية مجملة بل ظاهرهاردع الامام له حيث ان تقييد المشتريبالمسلم كأنه اظهار استمالةلصحة شرائه، حيث ان أرض الخراج المسلمين والمشترى منهم ، والامام أجاب بانه لا فرق بين المسلم والكافر في ذلك ، وقد يحتمل ادعاء الاجماع، أوالسيرة على بيعهاتبعاً للاثار، وفيهمامالايخفى ، ولذا قال في الجواهر : لادليل على هذا القول، لان الدليل ان كان اجماعاً ، فمن الواضح فساده ، بل لعل خلافه أقرب مظنة منه ، خصوصاً بعد ظهور كلام بعض من ذكر ذلك كابن ادريس وغيره فيارادة بيع الاثارخاصة دون الارض، بليمكن دعوى صراحته فيه، وان كان هو السيرة على معاملتها معاملة الأملاك بالوقف و البيع والهبة ونحوها ففيه منع تحقق السيرة على وجه تفيد ملكية رقبة الارض مطلقاً بالاثار المزبورة سيما بعد ملاحظة فتوىالعلماءالذين هم حفاظ الشريعة ــ انتهى .

ان قلت : فكيف يعامل المسلمون مع أرض العراق بيعاً وشراءاً وغيرهما مع ان المقطوع به انها مفتوحة عنوة ، وانها كانت باذن الامام و انها كانت عامرة حال الفتح قلت أما انه قدر خمس الأرض.

او يقال بان المشترى والواقف ونحوهما لا يعلم هل كان ما يشتريه ، أو نحوه عامراً حال الفتح أولا ؟ أو لا يعلم هل كان داراً أو غيرها مما لا تكون ملك المسلمين اذ قد تقدم انالعامر ملك المسلمينلاالموات فانه للامام ويجوز

لكل أحد احيائه، ويكون له بمقتضى من أحيى،[1] ومن سبق[2] وما أشبه ، كما تقدم ان الاقرب في النظر ان الدور ونحوها في المفتوحة عنوة تبقى ملكاً لاربابها، وانما حكم المفتوحة يجرى بالنسبة الى الاراضي الزراعية و البساتين ، كما استشهدنا لذلك بدور مكة وخيبر ونحوهما، أو يقال : حيث ان الحكم كان بيدالجائرين يجوز للانسان البيع والشراء و كلشيء حتى تقوم الحكومةالحقة لما تقدم من صحيحة الحلبي حيث قال عليه السلام: لايصلح الا ان يشترى منهم على ان يصيرها للمسلمين ، فاذا شاء ولي الامران يأخذها أخذها ، قلت: فان أخذها منه ؟ قال عليه السلام : يرد عليه رأس ماله و له ان يأكل من غلتها بما عمل.[3]

و يؤيده مـا رواه زرارة ومحمد و عمار، عن أبي جعفر، و أبي عبد الله عليهما السلام : انهم سألوهما عن شراء أرض الدهاقين من أرض الجزية ؟ فقال : اذا كان ذلك انتزعت منك ، أو تؤدى عنها ما عليهـا من الخراج ، قال عمار : ثم أقبل علي ، فقال اشترها ، فان لك من الحق بها مـا هو أكثر من ذلك.[4]

وخبر عمر بن حنظلة، ومحمد بن مسلم : لابأس ان يشتريها فيكون ذلك بمنزلتهم يؤدى فيها كما يؤدون فيهـا[5] ، و لو صح خبر اشتراء الحسين عليه السلام، كما تقدم كان مؤيداً لذلك أيضاً .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٦ الباب ١٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٤ الباب ٢١ من أبواب عقد البيع ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ٢پ ص ٢٧٥ الباب ٢١ من أبواب عقد البيع ح ١ .

قال في الجواهر : نعم ، قد يقوى في النظر ان الارض المفتوحة عنوة يختص بها من أحياها من المسلمين ويكون احق بها من غيره، وعليه خراج المسلمين، بل قد يقوى في النظر عدم اعتبار الاذن في احيائها زمن الغيبة من حاكم الشرع ، ثم استدل برواية أبي الحسن عليه السلام المتقدمة ، ثم قال : ولعل ذلك وغيره من النصوص المذكورة هنا، وفي باب الخمس واحياء الموات و غيرها دالة على الاذن منهم عليهم السلام في ذلك فلا حاجة الى تحصيلها من الحاكم وان كان هو احوط .

أقول: الظاهر عدم الحاجة الى الاذن لصحيح الحلبي المتقدم،[1] و لاحاجة الى اعطاء الاجرة ، لعدم الدليل الان بل ظاهر الصحيح ذلك .

نعم، يعطي الزكاة ، فاذا قامت حكومة حقة لها أخذها منهم وحيث يجهل البائع و نحوه لتمادى الاعصار دفع ثمنه من بيت المال، فانه لايتوى حق أمرء مسلم .

و كيف كان ، فقد عرفت ان الاقوال الثلاثة في قبال قول المشهور لاحجية لها ، و ذكر مفتاح الكرامة لزوم اعطاء الاجرة الى الحاكم العادل اذا لم يكن جائر .

ثم انه قد تقدم ان المحياة من المفتوحة عنوة لكل المسلمين ، و قلنا ان الموات لمن أحياه لانه للامام عليه السلام ، و يدل على ذلك بالاضافة الى الاجماعات المدعاة في كلماتهم من غير خلاف ، جملة من النصوص ، مثل

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٦ الباب ١٨ من أبواب عقد البيع ح ١ .

مرسل حماد عن العبد الصالح ، قـال عليه السلام :[1] وله رؤس الجبال وبطون الاودية والآجام .[2]

و مثل قول أبى الحسن الاول عليه السلام : فى خبر حسن بن راشد ، و قول الصادق عليه السلام فى خبر داود بن فرقد، قلت: وما الانفال ؟ قال بطون الاودية ورؤس الجبال والآجام .[3]

وخبر محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام بعد ان سأل عن الانفال ؟ فقال عليه السلام : كل أرض خربة ، أو شيء يكون المملوك وبطون الاودية و رؤس الجبال .[4]

و فى خبر أبى بصير ، بعد ان سأل عن الانفال ؟ فقال عليه السلام : منها المعادن والآجام .[5]

وفي صحيح ابن مسلم وموثقه و صحيح حفص عد بطون الأودية منها ، و هذه الروايات اخص مطلقاً من روايات المفتوحة عنوة فلا يقال : ان بين المفتوحة و هذه عموماً من وجه ، اذ اطلاق المفتوحة يشمل حتى الموات ، واطلاق هذه يشمل المفتوحة فالموات مورد جمعهما ، وانما قلنا : أخص لدلالة القرائن على ذلك بالاضافة الى ان التعارض لو سلم تساقطا ، و كان المرجع عموم من احيى ومن سبق و [لكم] وما أشبه .

---

(١) الوسائل : ج ٤ ص ٣٦٤ الباب ١ من أبواب الخمس ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ٤ ص ٣٢ الباب ١ من أبواب الجهاد ح ٣٢ .
(٣) الوسائل : ج ٤ ص ٣٧٢ الباب ١ من أبواب الخمس ح ٢٢ .
(٤) الوسائل : ج ٤ ص ٢٦٤ الباب ١ من أبواب الخمس ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ٤ ص ٣٦٧ الباب ١ من أبواب الخمس ح

أما القرائن فهي كثيرة مثل قول الصادق عليه السلام في الموثق: الانفال ما كان من ارض لم يكن فيها هراقة دم ، أو قوم صولحوا واعطوا بايديهم ، و ما كان من أرض خربة أو بطون أودية فهذا كله من الفيء و الانفال لله و المرسول.[1]

وفي صحيح حفص : الانفال ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب، أو قوم صالحوا ، او قوم اعطوا بايديهم ، و كل أرض خربة و بطون الاودية فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هو للامام من بعده يضعه حيث شاء.[2]

وفي مرسل حماد : وله بعد الخمس الانفال، والانفال كل ارض خربة قد باد أهلها ، وكل أرض لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب ، ولكن صولحوا عليها واعطوا بأيديهم من غير قتال وله رؤوس الجبال وبطون الاودية والاجام وكل أرض ميته لا رب لها.[3] الى غيرها من الاحاديث، فان ظاهر المقابلة بين أرض الصلح والارض الميته ان الثانية في غير الاولى ، فتشمل ما كان في المفتوحة عنوة ، ولذا لم يختلف في ذلك أحد من الفقهاء حسب ما تقدم .

بقيت فروع لابأس بالاشارة اليها :

الاول : هل يحق للحاكم الشرعي ان يؤجر أكثر من عمره أو له الحق في أن يؤجر الارض بمقدار عمره ، فاذا آجرها أكثر كان فضولياً ؟ احتمالان بعد ان كان متولي الوقف يحق له ذلك اذا قرره الواقف مطلقاً ، وليس له

---

(١) سورة الأنفال : الآية/١ .

(٢) الوسائل : ج ٤ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ٤ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٢ .

ذلك اذا قرره الواقف مقيداً، والاصل عدم حقه في ذلك اذا اطلق الواقف فلم يعلم جعله التولية مطلقة ، وذلك لان الامر بيد الواقف يصبه على ملكه ، فان قرر ان المتولى له الاطلاق كان للمتولي ان يؤجر ولو أكثر من عمره مرات مثل ايجاره مأة سنة، بمقتضى ان الوقوف على حسب ما وقفها أهلها، وان قرر ان كل متـولى له مقطع خاص مـن الزمان حسب عمره ، أو حسب وصـفه [اذا كان المتولي يتولي حسب الوصف] كما اذا قال: مادام ابني في هذا البلد كان متولياً على أوقافي لم يكن له الايجار اكثـر من مقطعه ، لان الواقف لم يقرره متولياً له كل تصرف. فاذا آجره أكثر من مقطعه كان بالنسبة الى الزائد فضولياً، وان لم يقرر أحد الامرين ولم يعلم ان ارتكازه كان مع الاطلاق، أو التقييد كان الاصل عدم الاطلاق، لان معنى ان زيداً متولي وبعده ولده ان كل متول له مقطعه الخاص والا لم يبق للمتولى الثاني شأن التـولية ، والمفروض ان شأن المتولى الثاني كل شأن المتولى الاول مع اختلاف المقاطع فللاول زمان مقدم على زمان الثاني، لكن مثل الكلام في التولي لايجرى في الحاكم الشرعي، بل أمر الحاكم الشرعي ـ لا في ايجاره للمفتوحة، بل في كل شئون تصرفاته في الامة من قبلهم عليهم السلام ـ كالقسم الثـالث ، لان الامام عليه السلام لم يذكر انه متولي مطلق، ولم يذكر انه متولى مقيد بأن قال [خلفائي][1] و [اني جعلته عليكم حاكماً][2] ونحوهما ومن الواضح انه يكون حينئذ كالقسم الثالث من المتولي فلا يحق له التصرف الا بقدر مقطع زمانه .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٩٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٠١ البـاب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ٧ .

لايقال: حيث ان الامام عليه السلام له الايجار أكثر من زمانه يكون الفقيه كذلك .

لانه يقال: الفرق بينهما ان الامام مالك ، وليس الفقيه كذلك فهما كالمالك و متولي الوقف واذا شك في ان له الحق أكثر من مقطعه [ولم نقل بانه ليس له الحق حسب ظاهر الدليل] كان الاصل عدم حقه في أكثر من مقطعه لانه ولاية لا دليل لها من الشرع فلا مجال للاستصحاب.

و على هذا ، فاذا اختارت الامة للتصرف في شؤونها فقيهاً واحداً لمدة أربع سنوات مثلا أوعدة فقهاء حسب الشورى لم يكن لذلك الفقيه أواولئك الفقهاء ان يؤجروا المفتوحة أكثر من مدتهم ، كما لم يكن له أو لهم سائر التصرفات في شؤون المسلمين أكثر من مدة اختيارهم، وذلك لما ذكرناه في كتاب الفقه : [الحكم في الاسلام ، والسياسة] ان ظاهر الادلة الشرعية ان الحاكم على المسلمين يلزم ان يكون فيه أمران :

الاول : استجماعه لشرائط المرجع ، المذكورة في كتاب [الاجتهاد و التقليد] .

الثاني : ان ينتخبه اكثرية الامة بانتخابات حرة ، وذلك للجمع بين أدلة التقليد وأدلة الشورى ولذا قال عليه السلام : فاجعلوه حكماً [1] ، وان يختاروا فحال رئاسة الدولة حال امامة الجماعة ومرجع التقليد و القاضي حيث انه اذا كان هناك نفران متساويان في استجماعهما للشرائط حق للانسان ان يصلى مع هذا أو ذاك أو يقلد هذا أو ذاك أو يراجع هذا أو ذاك .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٤ الباب ١ من أبواب صفات القاضي ح ٥ .

نعم، اذا تعدد المستجمعون لشرائط التقليد حق للامة انتخاب أحدهم أو انتخاب أكثر يعملون في ادارة البلاد حسب الشورى والاكثرية واذا كانوا زوجاً كان الامر في مورد اختلافهم، حيث لا اكثرية القرعة لانها لكل امر مشكل[1]، ونفوذ رأى الاكثرية لانه معنى الشورى كما فصلناه في ذين الكتابين.

الثاني: لو كان لبعض الامة مرجع تقليد والاكثرية انتخبوا غيره، سواء كان هذا المقلد من جملة المنتخبين لذلك الحاكم أولا، أو دخل المراجع مجلس الشورى الاعلى فصار رأي أكثريتهم شيئاً ورأى الاقلية شيئاً آخر وفرض ان المقلد يتبع المخالف للاكثرية في تقليده، فماذا يعمل هـذا المقلد الذى مرجعه يخالف رأى الحاكم، أو رأى الاكثرية؟ والجواب انه على قسمين:

الاول: ان هذا المقلد يقلد في الشئون الحكومية المرجع الحاكم ويقلد في سائر شئونه المرجع المخالف، وهنا لااشكال في لزوم اتباع هذا المقلد في مورد التخالف بين المرجعين في الشئون الدولية المرجع الحاكم، فانه يكون من تقليد انسان لمرجعين في أمرين، مثلا: قال الحاكم: المفتوحة يجب ايجارها وقال المرجع الاخر له: انها مباحة لكل مسلم، فانه يلزم حينئذ على هذا المقلد لهما اعطاء الاجرة، حيث ان المفروض انه مقلد في الشئون السياسية المرجع الحاكم، حاله ماإذا قلد زيداً في العبادات وعمرواً في المعلاملات حيث انهما اذا اختلفا في معاملة رجع المقلد الى عمرو، ولايهم عدم موافقة رأي زيد لعمرو في هذه المسألة.

والثاني: اذا لم يقلد الحاكم في المسألة المختلف فيها، سواء كان مرجعه خارجاً

---

(١) الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٤.

عن هيئة الحكم أو داخلا، وكان من الاقلية وجرت شئون الدولة على رأي الاكثرية فالظاهر ان اللازم ترك رأي مرجعه الى رأي الحاكم، وذلك لما ذكروه في كتاب القضاء من ان المقلد اذا رجع الى القاضي وحكم القاضي على خلاف رأي مرجعه لزم على المقلد الاخذ برأي القاضي وترك رأى مرجعه مثلا: كانت الزوجة مقلدة لمن يرى حرمة عشر رضعات وايجابه للمحرمية وكان الزوج يقلد من يرى الحلية، لان الحرمة لاتتحقق الا بخمس عشرة رضعة، فانه اذا وقع بينهما خلاف بعد النكاح والتفاتهما الى المسألة رجعا الى القاضي ـ فاذا أفتى القاضي عن اجتهاد ـ بأحد الرأيين كان على من يخالف رأى مجتهده رأى القاضي ان يترك تقليده ويرجع الى رأى القاضي، وانما قالوا في القضاء بذلك لامرين :

الاول : انه لولا ذلك لزم الفوضى، حيث ان الزوجة تنهزم عن الزوج، والزوج يعاقبها للنيل منها، وحيث ان الشرع يخالف جعل الفوضى في الامة ـ وكما قاله الامام الرضا عليه السلام، ونقلنا حديثه في الفقه: [الحكم في الاسلام، والسياسة] كان لابد له من حل معقول، وليس الحل الا ايجاب اتباع رأى القاضي ويشمله عموم أدلة وجوب تنفيذ رأى القضاة الجامعين للشرائط .

الثاني : ان في المقام دليلين : دليل التقليد، ودليل القضاء والجمع بينهما عرفاً ـ حيث التصادم بينهما ـ يوجب تقديم دليل القضاء، فانه المتفاهم عرفاً، حيث يجمع بين [فللعوام ان يقلدوه][1] وبين [فانما بحكم الله استخف][2] ومقام الحاكم الاسلامي، مثل مقام القاضي في هذه الجهة لانه سبب عدم الفوضى، ومقتضى

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٩٤ الباب ١٠ من أبواب صفات القاضي ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٩٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١ .

الجمع بين [فللعوام ان يقلدوه] وبين [اتخذوه حكماً] بل والمناط في الجمع بين القضاء وبين التقليد ، لانه اذا قدم القضاء على التقليد قدم الحكم على التقليد بطريق اولى ، وكذا يستفاد من يختاروا .

الثالث : اذا آجر الحاكم الشرعي المفتوحة أكثر من زمانه ، أما بزعم بقائه أو اجتهاده : فى انه يحق له ذلك ، ثم جاء بعده حاكم آخر حق له الأبقاء والفسخ بالنسبة الى زمانه ويكون للمستأجر عند الفسخ خيار تبعض الصفقة بفسخ الاجارة من اولها .

أما ان للحاكم الثانى حق الفسخ فلان الحاكم السابق تصرف فى حقه لما تقدم من ان للحاكم السابق الحق بقدر زمانه فيكون ايجاره فى زمان الثانى فضولياً إن شاء الحاكم الثانى اجاز وان شاء فسخ .

وأما ان المستأجر له حق الفسخ من أول الاجارة فلانه قد تبعض عليه الصفقة ولافرق فى حقه الفسخ بين ان يكون الحاكم السابق آجر بالاقل أم لا ؟ لاطلاق دليل ولاية الثانى .

الرابع : يحق للحاكم المؤجر نفسه ـ فضلاعن الحاكم الثانى ـ ان يتقاضى زيادة الأجرة اذا حصل التضخم ، مثلا : كانت الاجرة عشرة ، فأجرها خمس سنوات وبعد سنتين حصل التضخم على الضعف ، حيث ارتفعت القيم ، فانه يحق للحاكم ان يتقاضى ثلاثين اضافياً بالنسبة الى السنوات المقبلات و ذلك لتبين عدم الصلاح فى الاجارة بعشرة لكل سنة من السنوات الثلاث الاتية والحاكم مفوض فى العمل بالصلاح لامطلقاً ، واذا لم يستعد المستأجر للدفع حق له فسخ العقد بالنسبة الى الزمان الباقى ، ولو انعكس بأن حصل فى السنوات الثلاث المقبلات تنزل الى النصف حق للمستأجر تقاضي نصف الاجرة ، أى خمسة

عشر ـ في المثال ـ وان لم يدفع اليه حق له الفسخ ، لانه غبن فله خيار الغبن وعليه فالحاكم الثاني يحق له بالنسبة الى السابق .

أما ما بقي من المدة فله الفسخ والتشديد في التضخم والتخفيف في التنزل ، كما ان الحاكم نفسه بله الحـاكم الثاني يحق له جعل الشرط بزراعة كذا ـ بدل الاطلاق عند الاجارة ـ اذا رأى الاطلاق غير صـالح ، و ان الصالح زراعة كذا مثلا ، فان لم يعمل المستأجر بالشرط فسخ .

نعم ، ينبغي ان يقال انه لاحق للحـاكم الثاني في الفسخ بمجرد حقه في الولاية اذا كان الحـاكم السابق آجر لمدة أكثر من مدته من بـاب المصلحة الملزمة ، مثلا : دار الامر بين بقـاء الارض فـارغة لمدة حياته ـ حيث كانت خمس سنوات مثلا حسب نظر الاطبـاء ـ أو يؤاجرها لمدة عشر سنوات ، حيث لامستأجر لاقل من ذلك ، فـان الثاني أهم بنظر الشارع ، ولذا يحق له الايجار عشر سنوات والا كان عملا خلاف الولاية .

وكذا الحال بالنسبة الى الحاكم المنتخب للناس اذا كانت مدة جعله أقل من عشر سنوات فيعزل بعد خمس سنوات مثلا ، على ما تقدم من اختيار الامة في قبول هذا الحاكم أو غيره .

نعم ، على المشهور لايمكن تغيير التقليد فليس جعله حاكماً كجعله مرجعاً للتقليد في عدم صحة عزله ، ولو اختلف الحاكم والمستأجر في شأن من الشؤون فالمرجع القضاء ، فانه سلطة عليا تشمل حتى المرجع الحاكم لاطلاق أدلته و لفعل الرسول صلى الله عليه وآله و سلم و علي عليه السلام في المراجعة الى القاضي في قصة الناقة وقصة الدرع ، فان الاسلام جعل موازين للقضاء انسانية الى أبعد الحدود ، مثل كون القضاء علنياً ، كما يدل عليه قضائه عليه السلام في

مسجد الكوفة ، وان فيه تميزاً واستينافاً ، كما فعلهالرسول صلى عليه و آله و سلم في قصة الناقة .

وان للانسان بعد الحكم عليه ان يراجع الحاكم الاعلى كما قاله علي عليه السلام بالنسبة الى قضايا شريح ، ولذا كان الخلفاء يستمعون الى الشكاوى و لو بعد حكم الحاكم على الشاكي ، وجعل بعضهم لذلك يوماً خاصاً سماه يوم المظالم ، وان اللازم على الحاكم أو خلفه نقض الحكم اذا ظهر خطأه ، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم : انما اقتطعت له قطعة من النار.[1]

و ان للحاكم الاعلى العفو ، كما عفى علي عليه السلام عن السارق و اللائط وغيرهما .[2]

وان يجعل المترافع المحامي، كما فعله على عليه السلام، حيث استناب عنه عقيلا عليه السلام، وان خطاء القاضى فى بيت المال فلا يهدر حق اذا علم بهوانه اخطاءفيه القاضي .

وان القاضي الجديد يراجع أحكام القاضي السابق كما ذكروه في[كتاب القضاء] و ان الحدود تدرء بالشبهات[3]، الى غيرها من الأحكام الانسانية الكثيرة مما لم يجد القانون ـ بله التطبيق ـ اليها بعد سبيلا .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كفيفة الحكم ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٣٣١ الباب ١٨ من أبواب مقدمات الحدود ح ١ ـ ٢ ـ ٣ ـ ٤ .

(٣) تاريخ بغداد : ج ٩ ص ٣٠٣ .

(مسألة ـ ٤ ـ) قد تقدم ان دور البلاد المفتوحة عنوة لاربابها والمحياة من الاراضي بالزراعة والبستان ملك لكافة المسلمين يعطيها الحاكم الاسلامي مزارعة ومساقاة، كما عمل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمزارع وبساتين خيبر كما ترك الديار بيد أهاليها نعم يصح للحاكم الاستيلاء على دورهم.

أما الموات فهى للامام، والظاهر ان مافي الاراضي من الجبال والبحار والانهار والغابات والآجام والمعادن ولواحقها كالوحش والطير وبعض الاشجار المتناثرة وماأشبه ذلك فهي تابعة في الحياة والممات، في المحياة والموات، فاذا كانت محياة كانت للمسلمين، واذا كانت مواتاً كانت للامام مثلا معدن يستعمل ويستخرج منه فهو للمسلمين ومعدن ميت لايستعمل ولايستخرج منه فهو للامام، وكذلك بالنسبة الى البحر والنهر والغابة والاجمة، لان المستفاد من مناط القسمين من الارض ذلك بعد فهم العرف عدم الخصوصية للارض بما هى أرض.

أما اللواحق فهي تابعة، فالطيور والاسماك في الارض والماء المحيين للمسلمين، بينما فى الارض الميتة والماء الميت، أى غير المستعمل وغير المستفاد منه للامام، ولوشك في الحياة للمتبوع، فالاصل انه للامام في التابع المشك فى حصول شرط ان يكون للمسلمين، فيشمله دليل ان كل مافي الارض لهم عليهم السلام[1] واذا كانت المعادن وماأشبه للامام فهى مباحة لكل من سبق اليه لاطلاق دليل من سبق[2] ولكن بشرطين :

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٤ .
(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

الاول : ان يكون بقدر ماحيى لااكثر ،فاذا اكتشف معدناً كان له بقدر ماأحياه لاأكثر من ذلك ، بل الباقي لمن يستخرج أيضاً، ولايحق له ان يحمى ماعداه لانه لاحمى[1]، كما سيأتي في المباحث الاتية .

الثاني: ان لايضر الاخرين لما تقدم من ان من سبق محكوم بدليل [لكم] لانه مقتضى الجمع بين الدليلين ، حيث انه لو اطلقنا [من سبق] لم يبق مجال لـ [لكم] حيث انبعض[لكم] لايبقى له [من سبق] وكذلك كل دليلين يوجب أحدهماسقوط الاخر،بخلاف الاخر،حيث الاخذ بهلايوجب سقوط الاخرفانهاذا كانمعنى لكم انلكل فرد فرد بقدر عيشهلم يشمل دليل من سبق مايخرج بعض لكم عن قدرته على معيشتهفهمامثل لكم أيها الطلبة غرف المدرسة، ولمن سبق الى غرفة المدرسة فهي حقه ، حيث لايشمل الثاني مااذا سبق أحدهم فأخذ غرفتين بحيث يبقى بعض الطلبة بدون غرفة .

وربما ذهب بعض العامة المعاصرين الى ان المعادن ونحوها حق الدولة وجعلوا ذلك من المصالح المرسلة، واستدلوا لذلك بانه اذا لم تجعل المعدن ونحوه حق الدولة وابحناه لكل سابق لزم محوذوران :

الاول : زيادة الثروة عند المستغلين، حيث تتحقق الرأسمالية الطاغية .

والثاني : بقاء حوائج الدولة ، حيث ان كثرة مصارف الدولة لاتكفيها الخمس والزكاة والجزية والخراج، وفيه ما لايخفى .

اذ يرد عليه أولا: انا لانسلم بالمصالح المرسلة التي للفقيه ان يشرع فيها

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٦ .

حسب رأيه، بل النص والاجماع قاما على انه ليس من واقعة الالله فيها حكم ، أما ذكرعلى نحو الجزية ، أوعلى نحو الكلية .

أماحكم أولى أوحكم ثانوى ، مثل حرمة شرب الخمر، وحرمة كل ضار وأدلة العسر[1] والحرج[2] والضرر[3] وما أشبه، ممايستفاد منها الاحكام الثانوية ، وقد قال سبحانـه : « اليوم أكملت لكم دينكم »[4] وغيره من النصوص الدالـة على تكميل الدين مما لايبقى مجالا للقول بانه تحتاج الامة الى أحكام لم تذكر فى كتاب ولاسنة .

ويرد عليه ثانياً : ان اعطاء الناس الحق في الاستفادة من الاراضى الميتة [الانفال] والمعادن ونحوهما مقيد :

أولا: بعدم الزيادة عن قدر حقهم في ضمن حق الجميع كما عرفت من حكومة [لكم] على من سبق فلايتكون الرأس مال الطاغى ، كماحدث فى الغرب [حيث أباحوا استغلال الخيرات مطلقاً ، وان حدد الاخرين واضرهم بالزيادة على حق المستخرج والمحبى، وبالحمى، وبماأشبه] .

وثانياً: لوفرض أخذ الرأسمالي الزائد يقف الاسلام دون طغيانه، قال عليه السلام : وعن ماله مم اكتسبه وفيم انفقه .

ويرد عليه ثالثاً : ان الدولـة في الاسلام ليست كالدولة الحاضرة تتحمل مسئوليات كثيرة حتى لاتكفى لنفقاتهاالماليات المقررة فى الاسلام من الخمس

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ٣٢٣ الباب ٣٨ من أبواب الوضوء ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١ ص ٣٢٧ الباب ٣٩ من أبواب الوضوء ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .
(٤) سورة المائدة : الآية/٣ .

الخ ، فان الحكومـات الحاضرة أخذت على عاتقها المدارس والمستشفيات والمطارات والقطارات وغيرها ، وهي أوجبت كثرة نفقاتها مباشرة ، وكثرة موظفيهامماتحتاج أيضاً الى نفقات كثيرة، وبذلك أوجبت كبت حريات الناس من ناحية وتكثير جعل الضرائب على الناس لسد تلك الحاجات من ناحيةثانية فلم تكتف بقدر الماليات الاسلامية .

أما الدولة الاسلامية فهي تضع البرامج للمدارس وغيرها وتمنح النـاس حرية بنائهـا وتأسيسها وتشرف على ان لايظلموا ويجحفوا في أخذ الاجور ونحوها، وتشتغل هي بالواجبات الملقات عليهامن ما ذكرناه في شئون الدولة فى كتاب : [الفقه السياسة] وبذلك تكون خفيفة الكاهل، ولاتحتاج الى ضرائب كثيرة، وعليه فتكفيها الخمس والزكاة وما اليهما، بل كثيراً ماتزداد في خزينة الدوله مما تقسمه على الجميع بعنوان العطاء ، كمـا كان يفعله الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، وعلي عليه السلام وبعض الامراء الاخرين، وقد ذكرنا شئون بيت المال في كتاب : [الفقه الاقتصاد] فراجع .

(تنبيه :) لقد حكـم رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم الكلمـة مكان السيف ، وجعل السيف لمن لايقبل بالكلمة ـ بكل احتياط واضطرار ـ فحتى الذين لايقبلون بالمنطق و العقل و الكلمة ، كان يعفو عنهم حتى المقدور ، و لذا كانت حروب رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم كلهـا دفاعية ، و كان لايقتل حسب الممكن ، وكان اذا أمر بالقتل لم يقصد غالباً الا التهديد ، و لذا عفى عمن أهدر دمهم غالباً كما في فتح مكة، وكان ينظم الحرب بحيث لايقتل فيهـا الاقل قدر من الطرفين ، وقد أحصى بعض فكان مجموع المقتولين من المسلمين والكفـار في كافة حروب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أقل

من ألف وخمسمأة ، بل عده بعضهم ألفاً وثمانية فقط، مع انه صلى الله عليه و آله وسلم أسس ديناً ودولة ، وكون امة وحرر بلاداً .

أما القتل خارج الحرب فلم يكن له صلى الله عليه و آله و سلم قتل من جهة سياسية ، أي العقيدة ، بل من جهة جنائية جريمية كقتل ماعز الذي اعترف بالزنا[1] ، أو لاجل اشعال الحرب ، وهي نوع آخر من الجريمة ، ولم تكن قلة القتلى ، لان السيف ونحوه لايقتضي أكثر من ذلك فقد كانت الحروب بين فارس والروم تترك عشرات الالوف من القتلى كل مرة، حيث كان مجال الحرب بين المدائن ومصر .

وقد قتل حجاج بعد ذلك أكثر من مأة وعشرين ألف[2]، كما ذكره التاريخ فان الرسول صلى الله عليه وآله و سلم كان همه بسط العدالة الاجتماعية في الداخل و تقديم الاسلام الى الامام في الخارج تحت ظل كلمتي الشهادتين، وذلكما لايمكن الابقلة القتلى والعقوبة ، واعطاء الحريات حتى يسوى الاسلام كل داخل وخارج فلا ينقض الداخل ولايتألب الخارج .

أما قصة قتل سبعمأة يهودي :

فالظاهر انه دعوى فارغة دخلت في الاسلام بسبب أمثال كعب الاحبار اليهودي الذي تظاهر بالاسلام للكيدبه ، كما نرى أمثاله في زماننا المعاصر ، مثل (فلبيى) فى الجزيرة ، و[همفر] صاحب [المذكرات] وصاحب [بستان المذاهب] وغيرهم ، ولذا كثرت الاسرائيليات في كتب بعض المسلمين .

ويؤيد المبالغة في الادعاء تراوح ما ذكره المؤرخون الغربيون والشرقيون

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٣٧٣ الباب ١٥ من أبواب الزنا ح ١ .

(٢) انظر مروج الذهب : ج ٣ ص ١٧٥ .

حول أولئك اليهود بين السبعين والسبعمأة مع ان المحتمل انهم كانوا سبعة مثلا فان عدد السبعين لفظ مبالغة في لغة العرب مثل ان تستغفر لهم سبعين مرة ،و لو كان الامر حقيقه لما كان هذا الاختلاف الفـاحش ثم كيف صارت نساء أولئك وابنائهم و كم كانوا ، فهل يذكر التاريخ ، مثل هذا الحادث الجلل بتفاصيله ؟

وكيف كان ، فالرسول صلى الله عليه وآله وسلم حكم الكلمة و العدالة الاجتماعية ، وأول انحراف حدث بعده صلى الله عليه وآله وسلم كان تحكيم القوة مـكان الكلمة فجاء الخليفة الى الحكم بالقوة و حروب الردة لم تكن حروباً لاجل المرتدين عن الاسلام،بل كانت حروباً لاجل تحميل الخليفة على رقاب المسلمين ، كمـا يظهر ذلك لمن راجع التاريخ الصحيح ، فـأولا بالارهاب اسكتوا اهل المدينة وبعد ذلك بالارهاب اخضعوا اطراف المدينة.

ولايخفى ان حديث ارتد الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الا كذا ضعيف .

فقد ورد في حديث معتبر تكذيبه ، بالاضافة الى انه كيف كان كذلك و اطراف المدينةوالبحرين واليمن وغيرها لميكونوا في من ارتد ، ولذاحاربوا الخليفة، وحدثت قصص مالك بن نويرة وغيره .[1]

ثم هل يعقل ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لايخلف، الا كذا من المخلصين ، وعلى كل حال، فلما جاء الخليفة الثاني الى الحكم أضاف الى تحكيم القوة مكـان تحكيم الكلمة النزعة القومية والفوضى الاجتمـاعية في اختلاف العطاء ، وجعل الحروب الابتدائية مكان الحروب الدفاعية التيسنها

---

(١) انظر : الاستغاثة : ص ٣١ ط باكستان .

الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، فان الجهاد الابتدائى وان كان فى الاسلام الا ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم كان يأخذ بأحسنها ـ كما قال سبحانه ـ لاجل الغاية التى تقدمت من استهواء الناس الى الاسلام ، أو الى حكومته والاراضى المفتوحة عنوة حدثت فى زمن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فى جهاده الدفاعى، وفى ما بعده فى الحروب الابتدائية .

وجاء الخليفة الثالث فعمق ما سنه الثانى ، وكان لابد لعلي عليه السلام ان يظهر وجه الاسلام الناصع بتحكيم الكلمة ، و ارجاع الاخوة الاسلامية ، فى قبال النزعة القومية ، و جعل الاسلام جالباً يستهوى الداخل و الخارج ، بقلة القتل ، ولذا بويع قسراً ، لتحكيم الكلمة ، وجعل العطاء مساوياً ، وقلل من القتل حتى الممكن الا فى الجهاد ، ولما غلب على أهل البصرة عفى عنهم وأحسن اليهم [1]، وفيهم مجرموا الحرب ، ولما فرغ من النهروان عفى عنهم ، بل أوصى بهم قائلا : لاتقتلوا الخوارج من بعدي [2]. الى غير ذلك .

وكان فعله عليه السلام اولى من ان يحارب الكفار لاجل توسعة الاسلام ، حيث ان الاسلام جاء لاجل الحق، فاذا اختفى الحق فى الاسلام لم تكن فائدة فى توسعه ، لانه يصبح مثل فتوحات الملوك والطغاة ، فانه عليه السلام وان كان بامكانه التجنب عن الحروب الثلاثة لكن ذلك كان بفداء الاسلام نفسه ، و كان بقاء الاسلام ناصعاً اهم .

---

(١) دعائم الإسلام : ج ١ ص ٣٩٥ .
(٢) دعائم الإسلام : ج ١ ص ٣٩٥ .

ثم ان اكثر بلاد الاسلام دخل أهلها في الاسلام رغبة لا حرباً كما بسطنا بعض ذلك في كتاب: [كيف انتشر الاسلام] وقد أنصف نوعاًما صاحب كتاب الدعوة الى الاسلام ـ مع انه نصراني ـ فذكر جملة من ذلك .

ومنه يعلم، ان قول بعض الفقهاء ان أكثر بلاد الاسلام فتحت عنوة، غير ظاهر الوجه، ونحن ننقل هنا جملة من كتاب مفتاح الكرامة قال: الارض التي فتحت عنوة للمسلمين قاطبة بأجماع علمائـنا قاطبة ، وقد نقل الاجماع على ذلك في الخلاف والتذكرة والمنتهى كسواد العراق وبلاد خراسان والشام و مكة المشرفة على ماعده المؤرخون كما في المسالك ، ومن ذلك هوازن ، و مكة زادها الله شرفاً، وهو الظاهر من المذهب كما قالـه المبـسوط ، بل في الخلاف الاجماع عليه ، وعن بعض كتب التواريخ المعتـمدة أن الحيرة من أرض العراق قرب الكوفة، واخرى قرب العانة فتـحت صلحاً ، وفي نيشابور قرب خراسان خلاف هل فتحت صلحاً أو عنـوة وبلخ من جملة نيشابور و هرات وقوشج والتوابع فتح صلحاً وبعض عنوة .

وأما بلاد الشام فحكى ان حلب وحماه وطرابلس فتح صلحاً، واندمشق فتح بالدخول، وأهل اصفهان عقدوا أماناً ، وان آذربايجان فتح صلحاً ، وان أهل طبرستان صالحوا، والري فتح عنوة.

أقول: وجملة من بلاد مصر فتحت عنوة كما في التواريخ الى غير ذلك مما ذكروه في كتب الفتوح، فاللازم ان يحقق ذلك بالبينة أوأهل الخبرة غير المعارضة،اماقول الشيخ المرتضى [ره] بانه يعتبـر فيهم العدد والعدالة ، فقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] انه غير ظاهر الوجه ، ثم قال: وسواد العراق كما ذكره الاصحاب وغيرهم هو مابيـن عبادان والموصل طولا الى ساحل

البحر ، وقيده بعضهم بكونه من شرقي دجلة قال: واما الغربي الذي يليه البصرة فانه اسلامي، مثل شط عثمان بن أبي العاص ، فأن ارضه كان مواتاً فأحياها عثمان بن أبي العاص وما بين طريق القادسية المتصل بعذيب من ارض العرب ومنقطع جبال حلوان عرضاً، وسميت سواداً ، لان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض والتفاف اشجارها فسموها سواداً لذلك، واما خراسان فمن اقصاها الى كرمان وخوزستان وهمدان وقزوين وماحواليها .

(مسألة ــ ٥ ــ) لارض المفتوحة عنوة ان علم بشرائطها في زماننا ، وكان الحاكم الشرعي يريد الخراج منها كان اللازم دفعه اليه ، لانه نائب الامام، فهو يقوم مقام الامام في اخذ الخراج، وان لم يعلم بشرائطها كانت لمن احياها بدون خراج، واذا جهل المفتوحة من غيرها، اوذات الشرائط من غيرها كان للحاكم الشرعي المبسوط يده جعل الخراج على الجميع من باب قاعدة العدل أومن باب المصلحة .

أما الاول: فلان بعض الارض لكافة المسلمين ، وبعضها لمن احياها فهي كالمال الذي لايعلم انه لزيد ، أو عمرو ، حيث تقتضي القاعدة التقسيم بينهما.

واماالثاني: فلان الحاكم الشرعي اذا احتاج الى المال لمصلحه المسلمين حق له جعل ضريبة جديدة موقتة ، كما جعل علي عليه السلام الزكاة على بعض ما لايجب فيه الزكاة ، وقال الامام باعطائهم خمسين في عام مخصوص كما ذكرناهما فى كتابي [الخمس، والزكاة] وغيرهما وكذلك اذا لم يحتج البلد الاسلامي المال حق للحاكم الشرعي ان لايأخذ من الارض مطلقاً تسهيلا على المسلمين، وقد ذكرنا فى كتاب: [الفقه : الحكم فى الاسلام، والسياسة] حق الامام ونوابه فى ذلك، فأن الزائد له عليه السلام والمعوز عليه، فأن له ان يرفع اليد عن الزائد الذي هو له .

(مسألة- ٦ -) الانسان اذا رآى خربة كانت لانسان آخر بالاحياء ، او بالتملك من الغير ارثاً أو بيعاً أو صلحاً اوما أشبه فهي على ثلاثة اقسام: لان السابق اما ان يعرض ان عنها اعراضاً اختيارياً او اضطرارياً او لايعرض، فأن كان اعراض خرجت عن ملكه قطعاً، اذ الاعراض فى كل شيء يوجب خروجه عن الملك لان الملك امر اعتبارى قرره الشارع، ولا ملك بعد الاعراض، وحيث لااعتبار عرفى له فلا اعتبار شرعى اذ لم يعلم ان الشارع احدث طريقة جديدة بالاضافة الى مادل في الاعراض القهرى، اى الانعراض ، فقد ورد الرواية على انه اذا انكسرت السفينة فى البحر كان مايؤخذ منه لاخذه، وكذلك دل الدليل فى الشاة ونحوها الضالة: انها لك او لاخيك اوللذئب[1] ، مع وضوح ان المالك فيهما اعرض قهراً لا اختياراً ، أى يئس من الوصول اليهما ، ولذا قلنا بمثل ذلك فى الاراضى التى تقع فى الشارع ولو كانت قبل مسجداً، حيث لا اعتبار للملك فيها عرفاً فلا اعتبار شرعاً ، وحيث ان واقف المسجد ونحوه لايقف الا فى الملك ومادام يصح اعتبار الملك لما ورد من انه (لا وقف إلا في ملك)[2]، يسقط عن الوقفية والملكية ، وان لم يكن اعراض عما تركهما من الارض وكانت ملكاً بالاحياء ففيه احتمالات وأقوال :

الاول: انها باقية على ملك السابق أو وارثه كما عن المبسوط والمهذب والسرائر والجامع والتحرير والدروس وجامع المقاصد .

الثاني: انها لمن احياها جديداً كما اشعرت به عبارة الوسيلة، وافتى به التذكرة والروضة والمسالك، وعن الكفاية انه اقرب وعن المفاتيح انه اوفق

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٤ الباب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٥ .

(٢) انظر قواعد الأحكام : ج ١ ص ٢٦٩ سطر ٨ . وانظر الجواهر : ج ٢٨ ص ١٧ - ١٨ . وانظر الدعائم : ج ٢ ص ٩٨ .

بالجمع بين الاخبار وعن جامع المقاصد انه مشهور بين الاصحاب.

الثالث: ان للاخر الاحياء ويؤدي الى السابق شيئاً حكاه فى المسالك عن المبسوط وجهاد الشرائع والاكثرفيجوز الاحياء ويصير الثانى أحق بها لكن لايملكها بذلك، بل يؤدي طسقها الى الاول، او وارثه ولم يفرقوا بين المنتقلة بالاحياء وغيره اذا عرض لها الخراب.

الرابع : انه له الاحياء بالاذن من السابق فأن امتنع فللحاكم الاذن وعليه اعطاء شيء للاول أفتى بهذه الدروس كما حكى.

اما القول الاول : فهو المشهور قديماً وحديثاً ، واستدلوا لـه بأمور أربعة .

الاول: الاستصحاب، لانـه كان ملك السابق ولم يعلم خروجه عن ملكه بالترك بدون الاعراض والانعراض فالاصل بقائه فى ملكه كما فى سائر الاملاك فأن الشارع جعل الملك والزوجية والحرية والرقية والطهارة والنجاسةونحوها باقية مدى الزمان الا اذا كان دليل يبدل ذلك .

وفيه:ان اركانه غير تام،اذ اليقين السابق كان لاجل الاحياء ،وحيث تذهب الحياة فلا مورد للشك اللاحق، فهو مثل ما اذا اخذ من ماء الكر كثير بحيث لايرى العرف بقاءالموضوع فأنه لايستصحب الكرية لتبدل الموضوع الموجب لانهدام بعض أركان الاستصحاب ، أي الشك اللاحق، خصوصاً وظاهر من أحيى علية الحياة للملك، فهو مثل من جلس فى مكان من المسجد كان احق به، حيث لايفهم العرف منه الا علية الجلوس للاختصاص، فأذا ذهبت العلية فيذهب الحكم، هذا بالاضافة الى ان الروايات الخاصة فى المقام لايدع مجالا للاستصحاب.

الثاني: النبوي المروي في مستدرك الوسائل المجبور بالعمل عن الرضي [ره] في مجازاته: [من أحيى أرضاً ميتة فهي له وليس لعرض ظالم حق].[(١)]

قال في الجواهر : بناءاً على ماقيـل في تفسيره بأن يأتي الرجل الارض الميتة لغيره فيغرس فيها .

وفيه : ان التفسير المذكور غير ظاهر الوجه . والحديث حكم والحكم لايتكفل موضوعه ، فلاشك في انه ليس لعرق ظالم حق .

أما كيف يكون العرق ظالماً؟ فانه يلزم ان يعرف من دليل آخر، فاذاغرس في ارض متروكة للغير هل يكون العرق ظالماً ، لان الملك بقي للتارك أم لا لانه خرج عن ملكه بالترك ؟

ومنه يعلم ، عدم امكان الاستدلال للمقام بمثل لايحـل مال المرء الا بطيبة نفسه[(٢)] أوماشبه ، لان كونه مال أمرء بعد تركه اول الكلام ، ويلزم ان يلتمس له دليل آخر، ومنه يعرف ضعف الاستدلال لذلك بقاعدة قبح التصرف في ملك الغير .

الثالث : السيرة على معاملة أمثال هذه الاراضي معاملة الاملاك .

وفيه : كونه سيرة وكونها متصلة بزمان المعصوم غير ظاهر، ولذا اختلف فيها العلماء الى أقوال ، وسيأتي نسبة القول الثالث الى الاكثر.

الرابع: خبر سليمان بن خالد المنجبر سنداً ودلالة بالشهرة، سأل الصادق عليه السلام، عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب الموات ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الموات ح

وبزرعها فماذا عليه ؟ قال عليه السلام: الصدقة، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال : فليؤد اليه حقه .[1]

قال في الجواهر: بناءاً على ارادة ماينافي ملك الثاني من حق فيها من اداء نفس الارض أو الاجرة .

وفيه : ان المفروض كما في الرواية، انه يعرف صاحبها ، فاذا كانت ملكاً له لم يحق له التصرف فيها لاان يتصرف ويؤدى اليه الأجرة، واداء نفس الارض غير ظاهر من [حقه] فهل يصح ان يقال في جواب من قال: اني أعرف ان هذا القلم لزيد، واكتب به: اد اليه حقه؟ أو اللازم ان يقال : لاتكتب به، فان ملك الغير ،والشهرة لاتعالج الدلالة ، وان عالجت السند، وسيأتي وجه الجمع بين هذا الخبر والاخبار الاخر.[2]

ومثله في الدلالة مارواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن الحلبي قال: سألته عن أرض خربة عمرها رجل وكسح انهارها، هل عليه فيها صدقة؟ قال : ان كان يعرف صاحبها فليؤد اليه حقه .

وكيف كان، فلادلالة في هذا الخبر على بقاء الملك .

أما القول الثاني: فقد استدل له باطلاقات من احيى أرضاً ميتة فهي له،[3] فانها تشمل الثاني ،كما كانت تشمل الاول ، وبالمناط في كل مملوك ترك حتى لم يره العرف ملكاً ،كما اذا ترك الطائر والسمك في البحر وماأشبه، حيث يفرض امكان الاستيلاء عليه ثانياً، فانه بالصيد يملكه ، فاذا أطلقه لم يعد ملكاً له فيحق

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٩ الباب احياء الموات ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ٢ احياء الموات ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ احياء الموات ح ١ .

لغيره أخذه ، وان تمكن هو من استعادته ، وفرض انه لم يعرض عنه ، وبأن الملك اعتبار عقلائي، ولا اعتبار له في مثل الارض المتروكة، والعمدة الروايات الدالة على ذلك .

مثل ماتقدم في صحيح الكابلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام : فمن أحيا أرضاً من المسلمين فليعمرها ويؤد خراجها الى الامام من أهل بيتي، وله ما أكل منها، وان تركها او خربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذي تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي [1] ـ الحديث .

وتركها ليس في معنى الاعراض، لان الترك اعم من الاعراض كما لا يخفى فان من ترك ارضه ونزح الى المدينة ولم يعرض صدق عليه الترك ، وان لم يصدق عليه الاعراض فبينهما عموم مطلق .

وصحيح معاوية بن وهب، سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول: ايما رجل اتى خربة بائره فاستخرجها وكرى انهارها وعمرها ، فان عليه الصدقة ، فان كانت ارض لرجل غاب عنها وتركها فاخربها ثم جاء بعد يطلبها ، فان الارض لله ولمن عمرها .[2]

فان هذا الحديث اظهر من سابقه، فان مجيئه يطلبها قرينة عدم الاعراض، نعم، اللازم صدق الترك عرفاً ، فاذا لم يصدق انه تركها ، وانما يحاول جمع المال لاجل اعادة زراعتها وعمارتها لم يكن للثاني ذلك .

ومنه يظهر، دلالة صحيح عمر بن يزيد قال: سمعت رجلا من اهل الجبل

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٩ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٨ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

يسأل ابا عبد الله عليه السلام ، عن رجل اخذ ارضاً مما تركها اهلها فعمرها واكرى انهارهاوبنى فيها بيوتاً وغرس شجراً ونخلا؟ قال عليه السلام: كان امير المؤمنين عليه السلام يقول : من احيى ارضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه الى الامام في حال الهدنة ، فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان تؤخذ منه .(١)

قال في المسالك: ان هذه الارض اصلها مباح،فاذا تركها حتى عادت الى ماكانت عليه صارت مباحة ، كما لو اخذ من ماء دجلة ثم رده اليها ، وان العلة فى تملك هذه الارض الاحياء والعمارة ، فاذا زالت العلة زال المعلول وهو الملك ، فاذا احياها الثانى فقد اوجب سبب الملك فيثبت له الملك، الى آخر كلامه .

اقول : الجمع بين هذه الاخبار الثلاثة وبين خبرى سليمان والحلبى ان للثانى التعمير بدون الاجازة، سواء كانت الارض فى المدينة اوغيرها زراعية او قرية ـ لوحدة الحكم ولو بالاجماع والمناط ـ وان على الثانى اعطاء شيء يسمى حقه عرفاً للاول، وبذلك لايبقى المجال للاستصحاب، ولالغيره مماذكروه فى ادلة سائر الاقوال، وليس معنى اداء حقه ان يعطيه كل عام شيئاً من الارباح بل اعطاء شيء ابتداءاً كما يفهمه العرف من مثل هذه العبارة، وكأنه لاجل بقايا اتعابه التى بقيت فى الارض الخربة .

هذا وتتمكن الدولة في جمعها بين الحقوق من ناحية وبين تعمير الاراضي من ناحية اخرى ان تعلن ان المتروكات في البلد أوغيرها يحق لاصحابها السابقين

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٢٨٣ الباب ٤ من أبواب الأنفال من كتاب الخمس ح ١٣ .

تعميرها وتساعدهم الدولة بقروض، أوما أشبه ، واذا لم يعمروها يعمرها غيرهم وتساعدهم الدولة ويؤدون شيئاً الى أصحابها الاولين .

واذا لم يوجد من يعمرها عمرتها الدولة وتكون له وتؤدى حقاً لاصحابها الاولين ، وقد جعل الاسلام الارض لله ولمن عمرها ، سواء بالنسبة الى العامر الاول أو الثاني ـ مع اداء حق الاول ـ ويساعد من أراد التعمير من بيت المال المعد لمصالح المسلمين ويساعد ايضاً من اراد تعمير الموات .

ولذا حصل كل عائلة في زمان علي عليه السلام على سكن، كما في الحديث وهذا الحل أفضل من حل بعض الدول المعاصرة ، حيث يبيعون الأرض بثمن بخس ويساعدون العامر بقروض من البنوك العقارية بفائدة قليلة .

نعم ، اذا لم يكن بيت مال يكفي للمساعدة مجاناً صح اقراض الدولة لمن أراد التعمير ، لكن بدون ربا ، ومما تقدم يعلم ، وجه القول الثالث الذي يقول : بانه يحيى الثاني ويؤدي للاول شيئاً .

ثم انه حيث ليس في خبري سليمان والحلبي الا [حقه][1] كان لابد وان يريد هؤلاء القائلون بالطسق ذلك ، وان كان قد عرفت ان [حقه] لا يفيد استمرار الاعطاء بخلاف المنصرف من الطسق حيث ظاهره الاستمرار .

أما القول الرابع : فقد قال الجواهر : وأوجب في الدروس على المالك أحد الامرين ، أما الاذن لغيره أو الانتفاع فلو امتنع فللحاكم الاذن وللمالك طسقها على المأذون ، ولو تعذر الحاكم فالظاهر جواز الاحياء مع الامتناع من الامرين وعليه طسقها .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٩ الباب ٣ من أبواب إحياء الموات ح ٣ .

أقول: وكانه أراد بذلك الجمع بين الادلة دليل[الابطيبة نفسه] (١) ودليل [حق الثاني في الاحياء] (٢) و دليل [ان الحاكم ولي الممتنع] ودليل [فليؤداليه حقه] (٣) وحيث قدعرفت ان مقتضى الجمع ماذكرناه يظهروجه النظر في هذا القول .

بقي شيء ، وهو هل هناك فرق بين ماملكه الاول بالاحياء ، حيث الاقوال المذكورة الاربعة، وبين ماملكه بمثل الارث والاشتراء وماأشبه ، حيث لايحق الثاني الاحياء مطلقاً ؟ ربما قيل بالفرق ، وكأنه لظهور بعض الادلة أوصراحتها في ماكان ملك الاول بالاحياء .

لكن فيه بالاضافة الى عدم فرق بعض الاقوال بين الامرين كما عرفت في القول الثالث، انه لاوجه للفرق بعد اطلاق [من احيى] وان كل ارث وشراء ونحوهما لابد وان يكون مسبوقاً بالاحياء [أواقطاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم والامام ، وهونادر كما لايخفى] .

وعليه فأي فرق بين المحي نفسه ، أو المالك المنتقل اليه بالارث ونحوه فاذا كان نفس المحي يسقط ملكه بالترك كان سقوط ملك من انتقل اليه من المحي كذلك ، و العمدة اطلاق بعض الاقوال وبعض الروايات فلا وجه للفرق الا الاجماع الذي نسبه المسالك الى التذكرة ، قال: وان خربت فان كان انتقالها بالقهر كالمفتوحة عنوة بالنسبة الى المسلمين أو بالشراء ، والعطية و نحوها لم

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٦ ح ٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٦ الباب ١ إحياء الموات ح ٣ ـ ٤ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٩ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

يزل ملكه عنها أيضاً اجماعاً على ما نقله في التذكرة عن جميع أهل العلم ـ انتهى .

وقد أورد عليه الجواهر بعدم صحة النسبةالى التذكرة بالاضافة الى اشكال الجواهر في أصل الفرق المذكور فراجع كلامه .

(مسألة ـ ٧ ـ) يشترط في الاحياء امور، بعضهامتفق عليه وبعضها مختلف فيه .

[الاول] البلوغ، فلايملك أحياءغير المميز بلا اشكال، لان الاطلاق لايشمله فان غير المميز في نظر العرف كالبهيمة ، فكما لاينفع أحيائها لاينفع أحيائه الا اذا كانا آلتين ، فان الاحياء ينسب حينئذ الى من سيرهما للاحياء .

وكذا ينبغي ان يقال: بالنسبة الى سبقه الى مكان في المسجد ونحوه لعدم صدق من سبق و لو انصرافاً، أما لو أخذ مباحـاً كجرادة أو زهرة مثلا فهل يختص به أم‌لا؟ احتمالان، من انه ينصرف عنه مثل من حاز ملك[(١)] ونحوه ومن ان العرف يرى له شبه حق اختصاص، فيشمله لايتوى ونحوه، والمسألة بحاجة الى التتبع والتأمل هذا في غير المميز .

وأما في المميز فلا يبعد صدق من أحيي[(٢)] و من سبق[(٣)] ومن حاز وما أشبه بالنسبة اليه، ودليل رفع القلم[(٤)] منصرف عن مثل ذلك .

فلا يقال: دليل رفع القلم حاكم على الادلة الاولية ، و يمكن ان يستدل لذلك بما يراه عرف المتشرعة حقاًله في ما اذا اصطاد سمكة أو ما أشبه بحيث انمن يأخذ منه باعتبار انه مباح بعدـ حاله حال صيد البهيمة ـ يراه عرف المتشرعة سالباً حقـاً له ، فيشمله دليل لايتوى[(٥)] ونحوه ، و لذا يروز ان من حقه مكانه

---

(١) انظر كنز العمال : ج ٣ ص ٨٩٨ ح ٩٠٨٨ وانظر العوالي : ج ٣ ص ٤٨٠ ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ احياء الموات .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٤) الخصال : باب التسعة ص ٤١٥ ح ٩ .
(٥) العوالي : ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦ .

في المسجد و نحوه مما سبق اليه فلا يحق لبالغ طرده عن محله و الاستئثار بمكانه .

[الثاني] العقل، فالمجنون لايملك أحيائه ، لانصراف دليله عن مثله، وان كان ربمـا يقال ان العرف يرى شبه حق له في ما أحياه او حازه أو سبق اليه ، فيشمله دليل لايتوى[1] ـ اذا كان فيه بعض الشعور والتميز ـ ولو كان ادوارياصح أحيائه حال افاقته ، ولو شك في انه احياه في أى الحالين ، فان كانت له حالة سابقة معلومة استصحب والابأن جهلت حالته السابقة :

فالظاهر اجراء اصل الصحة في عمل المسلم ، كما يجرى في كل ماشك فى فقد شرط،او جزء حال عمله، قال عليه السلام: [ضع امر اخيك على احسنه[2]] وبذلك جرت سيرة العقلاء، وان تأملنا في جريان اصل الصحة في امثال المقام في بعض مباحث الكتاب .

[الثالث] النية ، وقد اختلفوا فيها، فالجواهر انكر اشتراطها وتمسك له بـانه لادليل على اشتراط ذلك قال : بل ظاهر الادلة خلافه و الاجماع مظنة عدمه لاالعكس ، وحاصله : التمسك له باطلاق الدليل وبالاجماع المظنون.

نعم ، عن الدروس لزوم قصد التملك، وعن المسالك ان المحقق اشـار الى هذا الشرط بذكر الشرائط المزبـورة للتملك الذى هو ارادة الملـك فيستلزم القصد بخلاف مـا لو جعلها [اى الشرائط المذكورة فى الشرائع] شرطاً للملك، ومال الى الاشتراط في محكي الرياض لانسياقه من النصوص ولا اقل من الشك، والاقرب الاشتراط لامور :

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ٨ ص ٦١٤ الباب ١٦١ من العشرة ح ٣ .

الاول : اصالة عدم الملك بدون القصد ، وان لم نقل بالانسياق من النص كما قاله الرياض، ولابأن الاشتراط مظنة الاجماع ، كما احتمل ذلك .

الثاني : قوله صلى الله عليه وآله وسلم : [انما الاعمال بالنيات و لكل امرء ما نوى] [1] مما يستفاد منه ان كل عمل كذلك الا ماخرج بالدليل، فالصلاة والصوم والحج ، والبيع و الرهن و الاجارة ، و النكاح و الطلاق و الشهادة والحكم والحلف والابراء والنعلق والوصية وأمثالها كلها لاتكون الابالنية .

فلا يقال: ان الارث والضمان وماشبه يتحقق بلا نية، اذ انها خارجة بالدليل ، اذ لاصل المستفاد من الادلة مع المستثنى منه لامع المستثنى .

الثالث: قاعدة [الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم] [2] فانها تدل على ان كل تصرف في مال الانسان أوجسده اوذمته، لايكون الا بارادته، فأن الانفس شامل للجسد وللذمة .

لايقال: انها تدل على العقد الايجابي ، أي ان الانسان مسلط بالتصرف في الثلاثة لا السلبي، أي ان الانسان ليس مسلطاً بالتصرف في الثلاثة من انسان آخر، ويؤيده صحة الابراء مافي ذمة الغير .

لانه يقال : الظاهر من القاعدة ولو بفهم العرف ، أو المناط في العقد الايجابي شامل للعقد السلبي أيضاً، والابراء ثبت بدليل خاص .

أويقال: انه رفع قيد لاتصرف في ذمة المديون فتأمل ، ويؤيد ذلك ان قصد الوكيل والاجير يجعل المحياة للموكل و المستأجر فلو لم يكن القصد له مدخل في الملك كان اللازم ملكهما لاالموكل والمستأجر .

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ٣٥ الباب ٥ من مقدمة العبادات ح ١٠ .

(٢) بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٧٢ .

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر قال : وعدم ملك الوكيل و الاجير الخاص ، لا لعدم قصد تملكهما وقصد تملك غيرهما ، بل لصيرورة الاحياء الذى هو سبب الملك لغيرهما بقصد الوكالة و الاجارة فيكون الملك له فلا يستفاد من ذلك اشتراط قصد التملك كما توهم ـ انتهى .

اذ يرد عليه انه لوكان الاحياء بدون قصد الملك مملكاً كان أحياء الوكيل والاجير كذلك بدون فرق بين قصدهما الموكل والمستأجر أوعدم قصدهما.

الرابع: بعض الروايات الواردة فى اللقطة ، حيث دلت على ان ما فى جوف السمكة المشتراة للمشتري مع انه لو كان الملك يحصل بدون القصد الملزم كونه للبائع الذى اصطاده، لانه حأزها ، ولا فرق بين التملك بالحيازة أو بالاحياء، لان الدليل فيهما واحد من نظر السياق: فهنا من أحيى[1] وهناك من سبق[2] الى غيرهما من العبارات .

فقد روى الكافى، عن أبي حمزة، عن أبي جعفر عليه السلام، فى حديث: ان رجلا عابداً من بني اسرائيل كان محارفاً فأخذ غزالا فأشترى به سمكة فوجد فى بطنها لؤلؤة فباعها بعشرين ألف درهم.[3]

ومثله روايات آخر مذكورة فى كتاب اللقطة ، وقد عقد لها الوسائل و المستدرك باباً خاصاً فراجعها[4]، و استصحاب الشرائع السابقة تعطي وحدة الحكم .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٥٩ الباب ١٠ من أبواب اللقطة ح ١ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٠ الباب ١٠ .

بل فى روايتي الصدوق وتفسير الامام دلالة على صحة ذلك فى شريعتنا حيث دلت أولاهما ان الامام السجاد عليه السلام ، أعطى السائل قرصين فاشترا بهما سمكة وملحاً فوجد فى جوفها لؤلؤتين وباعهما بمال عظيم قضى به دينه وحسنت بعد ذلك حاله، وقرره الامام على ذلك.(١)

وثانيتهما : ان رجلا فقيراً اشترى سمكة فوجد فيها أربعة جواهر ثم جاء بها الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و جاء تجار غرباء فاشتروها منه بأربعة آلاف درهم، فقال الرجل: ماكان أعظم بركة سوقي اليوم يارسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: هذا بتوقيرك محمداً رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وتوقيرك علياً أخا رسول الله ووصيه وهو عاجل ثواب الله لك وربح عملك الذى عملته ،(٢) وسيأتى بعض الكلام فيه فى ماء البئر .

[الرابع] لايشترط الاختيار فى الاحياء، فان كان مكرهاً أو مضطراً فى أحيائه ونوى ملك المحيى، وكذلك بالنسبة الى الحيازة، وانما لايشترط ذلك مع انه شرط فى صحة العقود والايقاعات ان لايكون مكرهاً، لان رفع الاكراه انما هو حكم امتناني ، وليس فى عدم ملكية المحيى لما كان مكرهاً امتنان فرفع الاكراه لايشمله .

وعليه فاطلاق من أحيى ومن سبق محكم، ومثله بالنسبة الى الاضطرار ـ و هو مالم يكن مكره ، بالكسر ـ و انما اندفع المضطر بنفسه الى عمله الاضطراري كما اذاكان الغبار يهب من اطراف داره فأضطر الى احياء اطرافها بالتشجير حتى يمنع الشجر من هبوب الغبار والعج، فلان رفع الاضطرار انما

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٩١ الباب ١٠ من أبواب اللقطة ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٩١ الباب ١٠ من أبواب اللقطة ح ٥ .

يرفع آثار الشيء المضطر اليه اذا كان في رفع تلك الاثار منة مثل شرب الخمر، حيث يضطر اليها، فأنه لايوجب الحد وماأشبه، وليس المقام في رفع أثر الاحياء ــ أى الملك ــ امتنان .

ومثله يقال : في صحة بيع المضطرداره مثلا لاجل مداواة ولده ، فانه لو رفع الاضطرار أثرالبيع أي الملك كانذلك خلاف الامتنان، حيث ان عدم ملك المضطر للثمن يوجب موت ولده، اذ لا يتمكن من الدواء لاجل علاجه .

وعلى هذا ، فاذا اجبره الجائرفي أحياء حوالي قريته ملك ماأحياه ، ولو اضطر لاحيائه ملكه أيضاً ، واذا أخذه الجائر سخرة واعطاه لكل يوم نصف اجرته مثلافأحيى الارض، فان نوي ان المحياة له ملكها لاطلاق أدلة الاحياء ونصف الاجرة يبقي في كيس الجائر .

وان نوى ان المحياة للجائر ملك الجائر المحياة لصدق من أحيى عليه،[1] اذ الاحياء قد يكونبنفسه وقد يكونبواسطة مثل من بنى مسجداً ،[2] حيث يشمل الامر ايضاً ، وقد ذكرناه في كتاب [الفقه ـ الاقتصاد] .

لكن على الجائر اعطاء بقية اجرة المجبور ، لانه استوفى عمله ، وانكان الفسيل ، أوالحب للجائر فاجبره على زرعه وبذره في الاراضي المباحة فان قصد المجبور احيائهلنفسه لاللجائر اشترك مع الجائر في الحاصل،لانالثمرنتيجة الارض التى احتييت بسبب المجبور فالارض والعمل للمجبور،والبذر أو الفسيل للجابر فيقسم الحاصل بينالثلاثة الارض والبذر والعملو الاوسط للجائر والا

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) الوسائل : ج ٣ ص ٤٨٥ الباب ٨ من أبواب أحكام المساجد ح ١ .

خر ان للمجبور فلكل بحصةمدخليته في الثمر ، وكان على الجابر اجرة المجبور بالنسبة الى حصة الجابر .

وهذا هو الذي تقتضيه قاعدة لايتوى(١) ونحوه ، وان نوى المجبوران الارض تحيى للجابر لالنفسه كان للجابر شيئان الفسيل والارض وللمجبور العمل، فالثمن قسمان منه للجابر ، وقسم منه للمجبور : أي ماينا سب مدخلية الارض والفسيل للجابر وماينا سب العمل للمجبور ، وللمجبور على الجابر اجرة أحياء الارض .

ومن الواضح انه فرق بين قدر الاجرة اذا ملك الجابر الارض وبين قدر الاجرة اذالم يملك الجابر الارض ، وانما غرس شجره ـ مثلا ـ فقط والمرجع في تعيين الاجرة وحق كل في الثمر العرف كما هو واضح .

ومما تقدم يعرف ، حال الاقسام الستة من جبر الجابر لانه أما ان يجبره ويعطيه شيئاً كالفسيل والحب أو يجبره ولايعطيه شيئاً ، وعلى كل فالمجبور أما ان يحيى لنفسه أوللجابر أولايقصد أحدهما فيبقى على اباحته الاصلية .

[الخامس] ان لاتكون الارض التي يريد احيائها ، تحت يدالغير بالقطع أوبالاحتمال العقلائي ويظهر من ذلك أقسام ثمانية ، لان ذا اليد ، أما مالك أوله حق في الارض كالحريم اذا قلنا بانه لايملك ، وانما يكون لذي يده حق عليه ، وكل من الملك أوالحق ، اما لذي اليد ، اولمن يتولي ذواليد شأنه مثل الوكيل والولي وما اشبه .

وهذه الاقسام الاربعة قد يعلم مريد الاحياء بها ، وقد يحتملهـا احتمالا عقلائياً ، كمـا اذا رأى انساناً جاء بوسائل البناء الى مكان قرب أرض وهو يتردد على الارض صباحاً مساءاً كأنه يريد بنائه ، وان لم يعلم بارادته البناء ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادت ح ٥ .

وانما نشترط هذا الشرط ، لان دليل من سبق يمنع عن أحياء الثاني للارض .

أما في مورد العلم بأن الاول سبق بنفسه لابمو كله فواضح، لان من سبق للاول لايدع مجالا للثاني .

وأما فيمورد الاحتمال العقلائي فانه وان كان الحكم [من سبق] لايتكفل بالموضوع [ان هذا مما سبق اليه] الاان اليد امارة السبق ، فاليد وان لم تكن علماً لكنها علمية، نعم، لوشك في اليد كان الاصل عدمها .

قال في الشرائع: في جملة شروط التملك بالاحياء الاول ان لايكونعليها يد لمسلم ، فان ذلك يمنع من مباشرة الاحيـاء لغير المتصرف ، وشرح عليه الجواهر[مالميعلم فسادها كي تكون محترمة] وعلل ذلك بقوله : [ان فائدتها تظهرمع اشتباه الحال فانها محكوم باحترامها مالم يعلم فسادها ، وانلم يعرف خصوص الموجب لها] .

وقال: ان الدليل يقتضي عدم ترتب الملك بأحياء ماكان في اليد المحترمة وان لم يعلم الملك بها، بل كانت محتملةله وللحق، بليمكن دعوى ذلك حتى مع العلم بعدمكونها مالكة ، ولكن محتملة للحقية التيهي غيرالملكية لاصاله احتـرام اليد والشك في ترتب الملك بالاحياء معه ان لم يكن ظاهرالادلةعدمه خصوصاً بعد ملاحظة الفتوى ـ انتهى.

وقد قال الجواهر عند عبارة الشرائع المتقدمة : بلاخلاف أجده بين من تعرض له .

[السادس] ان لايكون الموات الذي يريد أحيائه حريماً لعامر، سواء كان ذلك العامر داراً أوبستاناً أوقرية أونهراً أو بحراً أو بئراً أو ماأشبه مما يتوقف الانتفاع بالعامر عليه والالم يملك بالاحياء،بل كان أحيائه محرماً ، لانه تصرف

في ملك الغير أو حقه، واستدل له بامور :

الاول : عدم الخلاف فيه كما في الجواهر، بل عن التذكرة لانعلم خلافاً بين علماء الامصار، وعن جامع المقاصد الاجماع عليه .

الثاني : قاعدة لاضرر[1] فانها تدل على ان الشيء الضرري ، حكماً كان أو وضعاً لم يجعله الشارع فلا ملكية أو حقية لعامر الحريم العامر.

الثالث: ان حريم العامر مسبوق بسبق المسلم فلايشمله من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم، وعليه فلادليل على انه يملك، أويكون لعامره حق .

الرابع : ان الحريم محى ، اذ حياة كل شيء بحسبه ، فلايشمله من أحيى .[2]

الخامس : السيرة القطعية ، حيث انها قامت على ملكية أو حقية من كان الحريم حريماً له .

السادس: انه حق للسابق عرفاً، فيشمله لايتوى حق امرء مسلم .[3]

السابع : بعض الروايات : مثل صحيح أحمد بن عبد الله عليه السلام ، سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة ويكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا وأقل وأكثر يأتيه الرجل ، فيقول له : اعطني من مراعي ضيعتك كذا و كذا درهماً ؟فقال: اذا كانت الضيعة له فلابأس .[4]

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٩ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٧ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٦ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ١ .

بل وصحيح ادريس بن زيد،عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولها حدود ولنا دواب وفيها مرعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعي لابله وغنمه أيحل له ان يحمي المراعى لحاجته اليها ؟ فقال : اذا كانت الأرض أرضه فله ان يحمي، ويصير ذلك الى مايحتاج اليه ، قال : وقلت له : الرجل يبيع المراعي ؟ فقال : اذا كانت الأرض أرضه فلابأس .[1]

بناءاً على صدق انها ارضه بمجرد كونها حريماً كما هو كذلك عرفاً فيقال انها أرض فلان اذاكانت حريماً له ومرعى لابله ، ولذا استدل به في الجواهر في مسألة الحريم.

و يؤيده أو يدل عليه ما دل على ان الشفعة تثبت في الدار بالشركة في الطريق المشترك المصرح به في تلك النصوص ببيعه معها .

بقي في المقام أمران :

الاول: هل ان الحريم يملك، كما قال به بعض أو لايملك ، بل هو حق كما قال به آخرون ؟ احتمالان ، من انه احياء كما سبق ودلالة الرواية على البيع وعن ان القدر المتيقن انه حق.

لكن الاقرب الاول كما اختاره الجواهر تبعاً للشيخ وبني البراج وحمزة وادريس والسعيد والفاضل وولده وغيرهم، بل في المسالك انه الاشهر ، و استدل لذلك بالصحيحين وبأنه ملك بالاحياء كما تملك عرصة الدار ببناء الدار حولها، اذ لايحتاج الاحياء الى مباشرة كل جزء جزء ولان معنى الملك موجود

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٦ الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع ح ١ .

فيه لدخوله مع المعمور في بيعه، وليس لغيره احيائه ، ولا التصرف فيه بغير اذن المحيي، ولما دل على الشفعة كما تقدم.

ثم ان الذين قالوا بالحق لا الملك استدل لهم بالاصل بعد المناقشة في الادلة المذكورة ، والفرق بين الامرين ان الملك تكون رقبته للانسان بينما الحق ليس كذلك، ولذا اذا جلس في مكان من المسجد حق له ذلك حتى يصح ان يبيع ذلك، لكن لايصبح ذلك المكان ملكاً له، وقد تقدم ان مايطلقون عليه الحق في مقابل الملك مرتبة ضعيفة من الملك ليس له كل آثار الملك، كما انه ليس له مفهوم الملك .

الثاني: ان حق مالك الحريم للحريم ليس مثل حقه في داره فليس له ان يمنع الناس الذين لايزاحمونه عن المرور في حريمه ، أوالنزول فيه بخلاف حقه في عرصة داره حيث له المنع، ولذا أرسله الجواهر ارسال المسلمات.

واستدل له بالسيرة، بل ربما يستدل له بأنه لم يجعل له الشارع أكثر من الحق الذى لايمكن مزاحمته لاصالة عدم زيادة الشارع على ذلك، فهو ملك ـ إن قلنا بأنـه يملكه ـ لايقتضي أكثر مما ذكر للاصل والسيرة المذكورين ، والله سبحانه العالم.

(مسألة ـ ٨ ـ) لو صنع بعض الناس في الأرض المباحة دوراً في صف مثلا ، ثم أراد آخرون ان يصنعوا في قبال دورهم صفاً آخر من الدور مما يحدث بينهما الطريق فما قدر سعة ذلك الطريق فيه أقوال ثلاثة :

الاول : ان يكون بينهما قدرخمسة اذرع، كما ذكره الشرائع قال : وحد الطريق لمن ابتكر ما يحتاج اليه في الارض المباحة خمسة اذرع ، وهذا هو المحكي عن العلامة في بعض كتبه والمقتصر، بل عن الفخر نسبته الى كثير بل عن الارشاد نسبته الى الاكثر لكن في الجواهر: وان كنا لم نتحققه.

وكيف كان، فقد استدل له بأصالة عدم لزوم الاوسعية كست اذرع مثلاو ببقاء قاعدة من سبق في الأرض المباحة في مثل السادسة، وبالموثق عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : اذا تشاح قوم في طريق فقال بعضهم : سبع اذرع ، وقال بعضهم: اربع اذرع، فقال أبو عبد الله عليه السلام: بل خمس اذرع.[2]

الثاني: سبع اذرع، كما عن الشيخ والقاضي والتقي والحلبي ويحيى بن سعيد والفاضل في جملة اخرى من كتبه وولده والشهيدان والكركي وغيرهم واستدل له بخبر مسمع، عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: الطريق اذا تشاح عليه أهله فحده سبع اذرع .[3]

وخبر السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم [الى ان قال]: والطريق يتشاح عليه أهله فحده سبع أذرع.[4]

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ١

وخبر الجعفريات، بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم [الى ان قال]: والطريق الى الطريق اذا تضايق على أهله سبع اذرع.(١)

وروي الراوندي في نوادره بسند ذكر انه صحيح ، عنه صلى الله عليه و آله وسلم مثله. وفي النبوي: اذا اختلفتم في الطريق فأجعلوه سبع اذرع.(٢)

وعن جامع المقاصد انه قال: قد ينزل خبر(٣) البقباق على ما اذا لم تدع الحاجة الى ازيد من الخمس ان لم يلزم من ذلك احداث قول ثالث فان لزم فالعمل علي السبع .

الثالث: مافي المسالك قال: ويمكن حمل اختلاف الروايات على اختلاف الطرق، فان منها مايكفي فيه الخمس كطرق الاملاك والتي لاتمر عليها القوافل ونحوه غالباً، ومنها مايحتاج الى السبع، وقد يعرض احتياج بعضها الى أزيد من السبع كالطريق التي يمر عليها الحاج بالكنائس ونحوها فيجب مراعاة قدر الحاجة بالنسبة الى الزائد على المقدر، أما النقصان فلا والمحكي عن الكفاية نفي البعد عنه، وعن المفاتيح الميل اليه .

أقول: هذا القول هو الاقرب، فان تعارض الروايات المتقدمة، وان سبب الجمع بينهما بالتخيير ، او الترجيح حسب الموازين الاصولية الا انهما

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٤ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ١٧٣ الباب ١٥ من أبواب الصلح ح ١ .

بضميمة قاعدة نفي الضرر والعسر والحرج ، وبسبب ان الروايات في مورد التشاح فلاعمومية لها الا بالمناط وهو غير معلوم، يجب ان تنزل على الحاجة ويكون هو المعيار .

هذا بالاضافةالى مادل على الحريم، فأن بعض أدلته كما تقدم يشمل المقام فاذا بنى جمع صفاً من الدورفي الموات فأراد آخرون بناء صف آخرقبالهم وكانت تلك الدور محتاجة الى مأة ذراع ، لكثرة دوابهم و حوائجهم لا يحق للاخرين التضييق عليهم حتى بالسبع ، اذ الشارع قد صار حريمهم، ويؤيده دليل الضرر ونحوه .

ومنه يعلم، ان قول الجواهر في رد المسالك كأنه من الاجتهاد فيمقابل اطلاق الادلة .

فيه أولا: ما عرفت من انه لااطلاق للادلة .

و ثانياً : انه ليس باجتهاد ، بل على فرض الاطلاق جمع بين الادلة .

و يؤيده مـا رواه الجعفريات بـاسناده الى علي عليه السلام ، قال : ان رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم أمر مناديه فنادى من ضيق طريقنا فلا جهاد له[1].

ثم انك حيث عرفت ان الحق أمر عرفي، فاذا رأى العرف [الحق]لايجوز للاخر تويه لقوله عليه السلام: لايتوى حق امرء مسلم[2] فاذا تعارف بناء الدور ذات شارعين طرفيهـا لم يحق للمحدث جديداً الصاق داره بدار جاره ممـا

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٨١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٥ ح ٣ .

يسبب ذهاب شارع من أحد طرفيها ، وكذلك اذا تعارف كون ثلاثةاطرافهما شوارع، كما اذا تعارف بناء دارين دارين،أو تعارف بناء أربعة شوارع، كمااذا تعارف بناء دار دار،وهكذا اذاتعارف بناء ثمانية أوما أشبه،حيث لبعضها شارع، أو شارعان أو ثلاثة .

ومما تقدم ظهر الحال فيما اذا كانت الداران في عقد المدينة بينهما أقل من خمس أو سبع واحتيج الى أزيد فانه تؤخر احداهما أو كلتيهما لدليل العسر وما أشبه، والظاهر انه يلزم على بيت المال دفع العوض للمؤخر من باب الجمع بين الحقين، كما في أكل المخمصة حيث يأكل طعام غيره ويعطيه ثمنه، وبيت المال معد لمصالح المسلمين، وقد ذكرنا في [كتاب الديات] لزوم اعطاء قتيل الزحام وما أشبه .

ويؤيده ما ورد في قصة الامام عليه السلام، حيث أجاز هدم الدور المحيطة بالبيت الحرام[١]، كما يؤيد اصل توسعة الطريق ماورد من توسعة الامام المهدي عجل الله تعالى فرجه الطريق[٢].

ثم ان كان بالامكان تأخير كلتيهما اخرتا ، و ان لم يكن بالامكان الاتأخير أحداهما معيناً اخرت ، وان كان الامر متساوياً فالمرجع القرعة لانها لكل أمر مشكل[٣].

ومماتقدم علم انه اذا احتاج الى التوسعة الطريق العام أوالخاص فى المدينة أوفي الصحراء ، كما اذا كان في طرف الدور، وفى طرف الهوة في الجبل أو

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب أحكام الموات ح ٦ .
(٢) الارشاد : ص ٣٦٥ والوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٧ الباب ٢٠ من أبواب إحياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

البحر أوما أشبه ذلك حق للدولة الاسلامية ان يجعل الطريق المقرر اذا لم يكن احتياج عاجل بأن تقرر انابة دار أو بستان أوما أشبه انهدمت كان عليه تأخيرها بقدر الاحتياج، أو تشرع الدولة بالهدم اذا كان احتياج عاجل مع اعطاء التعويض لاربابها جمعاً بين الحقين .

ثم الظاهر انه اذا بنى انسان دوراً للبيع في أرضه أو أرض مباحة له ان يجعل الطريق بينهما أقل من خمس اذرع، ومن لم يشاء لم يشتر، أو لم يستأجر من تلك الدور .

ولذا قال الجواهر:[بالنسبة الى ما لو أراد أهل الطريق الخاص اختصاره] بأن الملك، أو الحق لهم دون غيرهم، والناس مسلطون على أموالهم،[1] خلافاً للمحكى عن الدروس، حيث قال: لافرق بين الطريق العام ، أو ما يختص به أهل قرى أو قرية في ذلك .

نعم، لو انحصر أهل الطريق فاتفقوا على اختصاره ، أو تغييره امكن الجواز والوجه المنع، لانه لاينفك من مرور غيرهم و لو نادراً ـ انتهى كلام الشهيد [ره] .

نعم، ينبغي ان يقال: انه لو اشترى الناس دور ذلك البانى وضاقت عليهم الطرق حق لهم مراجعة الحاكم لتوسعة الطريق فتوسع عليهم على مـا ذكر من خراب أحد الطرفين الضار ، أو كليهما مع الاحتياج الى خراب كليهما أو أحدهما المعين بالقرعة ، حسب مـا تقدم مع اعطائها لمن خربت داره العوض .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

ثم ان الكلام المتقدم في دور الارض يـأتي في دور البحر حيث تبنى من الخشب دور عليه يكون الطريق بينها من الماء، كما في بعض بلاد الهند وغيرها لوحدة الادلة .

ثم هل للدولة اذا وسعت الطريق ان تأخذ حق الشرف من أصحاب الدور كما يعتاد في بعض البلاد، سواء بالنسبة الى الدور التي انهدم بعضها او غيرها أم لا يحق لها ذلك احتمالان من اصالة العدم ، ومن ارتفاع قيمة الدار ونحوه بشيء احدثته الدولة، فهو كما اذا اصبغ ثوب غيره مما زادت قيمته، وان لم يرض صاحب الثوب ، فانه وان فعل حراماً الا انه صار شيء منه فى ثوب الغير مما يوجب الوضع ، فهو كما اذا خلط لبن غيره بسكره مع عدم رضى ذلك الغير فانه وان فعل الحرام لكنه لايسقط حق صاحب السكر.

وكما اذا نحت خشبة غيره صندوقاً مما زاد قيمته ضعفاً، مثلا: فان للانسان ما سعى سواء أبقى عيناً أو حقاً عرفياً، و لايبعد ذلك بالنسبة الى حق الشرف حيث انه حق عرفي، فيشمله دليل لايتوى[1]، كما يشمل أمثال الحقوق التى لم تكن سابقاً ثم ظهرت لها مصاديق مثل حق الصوت عند تسجيل صوته، وحق التأليف وحق الطبع، وحق اكتشاف مخترع كالكهرباء، وحق صنع دواء خاص وصل اليه علمه، الى غير ذلك، فان الموضوعات تؤخذ من العرف ، بينما الاحكام تؤخذ من الشرع فتأمل ولو اختلف العرف في بعض هذه الحقوق :

فربما يقال: بالتساقط والبرائة مطلقاً .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

وربما يقال: بالتنصيف، لقاعدة العدل بين صاحب الشيء وبين المقتبس منه، فاذا أخذ صوته واختلف العرف فى انه حقه أملا ؟ أخذ صاحب الصوت نصف القدر المقرر ـ عند القائل بانه حقه ـ من المسجل صوته .

وربمايقال: بانه اذا كانأكثرالعرف فيجانباخذبالاكثرتنظيراً بما دلعلى الاخذ باكثرية الشهود اذا كان في أحد الجانبين اكثر كما ذكرناه في [كتاب الشهادات] .

وحيث قيل بحق الشرف فقدره ايضأتابع للعرف فاذا سبب توسعةالطريق زيادة قيمة دار قيمتها الف الفاً فكم هي للدولة من هذا الالفالزائد؟ انه تابع للعرف ايضاً، لان بذلك القدر حقه، فيشمله لايتوى [(١)].

و مما تقدم تظهر مسألة اخرى ، هى ان العرف قد يرى شيئاً حقاً ، بينما لايرى مثل ذلك الشيء حقاً في مكان آخر لاختلاف الاعتبار .

مثلا: اذا بنى حائطاً في الطريق لاجل الاستفادة من ظله صباحاً فيطرف المغرب، وعصراً في طرف المشرق لاسكان العابرين لبيعهم الطعام والشراب صار ذا حق في فيئه لدليل من سبق، [(٢)] ولايتوى ونحوهما فلايحق لاحد مزاحمته فى ظله بان يجلس هنـاك ، وان حق له الجلوس في غير وقت حاجته ، كما ذكرنا مثله فىمثل الحريم ، حيث لايحق لاحد مزاحمة ذي الحريم، وان حق له ما ليس مزاحماً كالمرور ونحوه .

بينما لايحق لاصاحب الداران يمنع انسأناً عن الاستفادة عن ظل حائطه ، حيث لايعد ذلك حقاً له، وكذلكاذا انار مصباحه لاجلاستفادته من نوره فى

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

بساطه، حيث يجلس المشترون منه في نوره، فانه لايحق لاحد مزاحمته بالاستفادة من نوره، بينما اذا انار مصباحه في دكانه حق للاخرين الاستفادة من نوره بما لا يعد مزاحماً له .

بل يمكن ان يقال: بان اتكاء احد على حائط دار الغير لابأس به، حيث لايعد ذلك تصرفاً في ملك الغير والممنوع التصرف .

اما كتابة شيء على حائطه فانه يعدتصرفاً عرفاً، ولذا لم يجز كتابة الدعايات التجارية ونحوها الابالاذن .

نعم، يحق كتابة الشعارات الاسلامية، وان لم يرض اذا كانت اهم من حق الغير شرعاً، لكن اللازم اعطاء صاحب الدار الاجرة، اذا كانت ذات اجرة جمعاً بين الحقين، ويؤيد لزوم الاجرة مناط ما ورد من اعطاء الرسول صلى الله عليه وآله وسلم دية تخويف خالد لمن قتل بعض رجالهم .

كما في مستدرك الوسائل،[1] وقول الصادق عليه السلام، لابي بصير :ان في الغمز دية ، والدليل انه حق والروايتان مؤيدتان ويستأنس بها للمطلب ولاعجب في ذلك ، فمن يعمل مثقال ذرة خيراً او شراً كان له او عليه جزائه .[2]

ثم ان مما تقدم في مسألة الطريق ظهر حال ما اذا اراد اثنان احياء دارين او نحوهما في الارض المباحة ، حيث اللازم لهما ملاحظة الطريق على القدر غير الضار .

ولذا قال الجواهر: حتى لو اراد المحي الاول بعد ما احياه اولا شيئاً آخر

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٩ باب ٢٠ من أبواب ديات الأعضاء ح ٤ .

(٢) سورة الزلزلة : الآية/٧ .

يحتاج معه الى طريق، او كان الاحياء من الاثنين مثلا دفعة ، بل و من مباح كان لايستطرق اولا، ولكن باحيائه يستعد للاستطراق ـ انتهى.

الا ان في حكمه الاول نظر ، اذ قد تقدم انــه يصح للمــالك عدم جعل الطريق بالقدر الكافي، نعم اذا اضر الجيران بعد ذلك،او نحو الاضرار كان لهم ما تقدم .

ثم ان وضع المرتفعات في الطرق لاجل تخفيف حدة السير لا يجوز الا في الحالات الاضطرارية ، اما المستثنى منه فلان ذلك تحديد لسلطة الناس على انفسهم،[1] فهو مثل منعهم عن الطرق .

واما المستثنى، فان ذلك جائز من باب ما من شيء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطراليــه[2] ولقاعدة الاهم والمهم ، ولان الدولة الاسلامية مكلفة بمراعاة مصالح المسلمين ، وهذه من المصالح فيما اذا كان خوف مرور فرق الاغتيال وهروبهم بسرعة ،حيث يمنع ذلك من مثل هذا العمل او يقلله على اقل تقدير .

و كذلك بالنسبة الى سرعة السيارات الموجبة لخطر قتل الاطفال وما اشبه في المقاطع ونحوها ومن ذلك يعرف وجه جواز تحديد الدولة السير سرعة وخفة وتقديماً لبعض على بعض وجعل بعض الطرق ذا ممر واحد، وبعض الطرق ذا ممرين والوقوف عند الاشارات ، ومنع بعض الوسائل النقلية كالسيارات الكبار في الشوارع المزدحمة ، الى غير ذلك من موازين المرور للسيارات والطائرات والبواخر وغيرها من وسائل الحركة ، ويكفي للدولة الاسلامية جعل تلك القوانين اذا كانت حسب اشارات الخبراء الثقات.

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٧٤ الباب ٢٠ من أبواب الاشربة المحرقة ح ١ .

نعم ، يشكل منع بعض المتساوين لمجرد قدم غيره مثلا اكتظت الشوارع بسيارات، أهل المدينة فقطن اناس آخرون المدينة ، فالظاهر انه لايحق للدولة منع سيارات هؤلاء بحجة ان الشوارع لاتتحمل أكثر من السيارات السابقة ، وأولئك لقدمهم أحق بدليل من سبق [1] ، وذلك لان من سبق لا يعطي الحق دائماً وانما حال سبقه ، ولذا لايحق لانسان يجلس كل يوم في مكان خاص من المسجد مثلا : ان يحتكر ذلك المكان لنفسه،بحيث لايحق لغيره انيجلس هناك اذا لم يكن السابق موجوداً ، فدليل من سبق عرفي يشمل مثل قاطن المدرسة وامام المسجد ـ وان أشكل فيه بعضهم ـ بينما لايشمل مثل متخذ المكان في المسجد، وكذلك حال المقام فكلتا الطائفتين تزاحم احديهما الاخرى ، ومجرد اناحداهما قد تقدمت فيسكني المدينة لاينفع والكلام في المقام طويل ، فانه يجبان يعمل في كل مورد حسب القواعد العامة مثل لاضرر والمصلحة والاهم والمهم وماأشبه ذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١٠ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(مسألة ـ ٩ ـ) لابأس باختصار الطريق الخاص ، بل سده من اربابه ، كما تقدم لانه حق أو ملك لاربابه ، وليس بحكم ، اذلادليل على انه حكم بل ظاهر النص والفتوى انه حق فلاربابه ان يعملوا به مايشائون من بيع أو رهن أواختصار أوسد كان يفتحوا أبواب دورهم من جانب آخر ، الى غير ذلك ، ولايقف امام ذلك الاماتقدم عن الدروس :

وكاندليله الاستصحاب وانه طريقفيشمله دليل المنع عن ضرر[1] الطريق، وفي كليهما نظر ، اذ قدتبدل الموضوع والطريق ليس بأهم من نفس الدار ، حيث يتصرف فيها ربها ، بل دليل الطريق لايشمل مثل ذلك ، ولايجوز اختصار العام لانه للجميع من يريد الاختصار وغيره، ولذا اطبقوا على عدم جواز اختصاره .

نعم ، ينبغي ان يستثنى من ذلك مالوكان في مدينة يخص باهاليها بأن لايمر منه غيرهم ، واتفق الكل على اختصاره أوسده مثلا وفتح غيره ، وكلام الفقهاء في المنع لايشمل مثل ذلك .

ومماتقدم يظهر، انه لافرق بين الطريق العام الواسع الذي لايضر اختصاره بالطريق، وبين غيره مما يضر اختصاره ، لانه اذاكان طريقاً يشمله دليل المنع فان سعة الطريق تساعد على النور و الهواء ، وامتداد البصر حيث انه أمـر مرغوب فيه ، فان للعين حقا في رؤية الاشياء الواسعة ، والمراد انه أمرعقلي، بالاضافة الى انه شرعي .

ففي الموثق ، عن الصادق عليه السلام، قلت له : الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق ؟ قال عليه السلام : لا .[2]

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٨١ الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع ح ١ .

ثم اذا زال الطريق بالاستأجام ، أوترك لاجل انشاء طريق آخر قربه أوما أشبه ذلك : كما اذا باد أهل القرية أو هربوا أو ما أشبه ذلك ، فالظاهر سقوطه عن حكم الطريق .

قال في الجواهر: والظاهر زوال حرمة الطريق باستأجامها وانقطاع المرور عليها ، وان توقع عودها .

[أقول : أي توقعاً بعيداً] خلافاً للدروس والمسالك، فضلاعما لو استطرق الناس غيرها وأدى ذلك الى الاعراض من الاول رأساً لكون الثانية أسهل واخصر والذي يوافق في المسالك على ان الظاهر لحوق حكم الموات للاول ـ انتهى .

وكان دليلهما الاستصحاب ، وفيه : انه لامجال له بعد تبدل الموضوع .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع : حريم الشرب [بكسر أوله والمراد به النهر] بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه ـ انتهى .

وعطف الجواهر على الشرب القناة ، ولايظهروجه له الا اذا أراد بالقناة الساقية والافالقناة اصطلاحاً مايحفر تحت الارض ، لانه يراد جريان الماء من مكان منخفض الى مكان مرتفع فتتدرج الارض فى الارتفاع عن مجرى القناة حتى يصل الى عمق من الارض المراد اجراء الماء اليها فيحفر هناك حفر كالبئر الى الماء الجارى ، ويستخرج بسبب الناعور والدوالى ونحوهما ولاحريم لمثل هذه القناة الابالنسبة الى حافات الابار التى تحفر فوقها فى مسافات خاصة لاجل الوصول الى القناة لمتح الماء منها ، أولاجل اصلاح القناة من تلك الحفر ، اللهم الا أن يريد ذلك ثم فى القناة امور :

الاول : محل جريان المـاء على وجه الارض سواء كان عند منبعث الماء فى أوله ، أو فى وسطه [اذا كان وسط القناة يصل الى سطح الارض أيضاً] أوفى آخره اذا كان آخر الماء يصل الى سطح الارض أيضاً ، والكلام حول حافة هذه الانهر هو الكلام حول حافة النهر الذى ذكره الشرائع وسيأتى الكلام فيه .

الثانى : حافة الابار التى تحفر فى أواسط القناة وحال هـذه الابار حال النهر فى قدر الحاجة الى الحافة والحريم لوحدة الدليل فى المقامين اطلاقاً أو مناطاً .

الثالث : حال عمق الارض التى هى مجرى القناة والسطح الداخلى للقناة فان القناة لايصح حفرها فى أرض الغير الا اذا كانت من العمق بحيث لايعد ملكا لمالك الارض فان الارض حوله تملك بالاحياء بقدر عرفى ينصرف من قوله

عليه السلام : [من سبق][1] و[من احيى][2] وشبههما .

ومن المعلوم انه ليس ذلك الى تخوم الارض، ولذا قلنا فى باب المسجد وسائر الاوقاف انها ليست الى تخوم الارض ، اذ لاوقف الا فى ملك وبقـدر الملك يكـون الوقف ، وعليه فلابأس باجراء قناة أو نقب أو ما اشبـه من تحت الدور اذا لم يكن في ملك صاحب الدور عرفاً ولم يوجب ذلك ضرراً عليهم .

ولعل العمق يختلف باختلاف الاماكن والازمان فبعض العمـارات يراد انشائها من اعماق خمسين ذراعاً مثلا: وبعضها لايراد الامن اعماق عشرةاذرع وهكذا، وهكذا الحال بالنسبة الى فضاء الاراضي، فانها تدخل في الملك بقدر العرف، ويتبعه الوقف، لانهلاوقف الافيملك ويختلفحسب الازمنة والامكنة فاذا اريد انشاء ناطحة سحاب ذات مأة طابق كانله الحق ولاحق لسواء، بينما ليس كذلك مـن أراد انشاء دار ذات طابقين أو ماأشبه فيحق لغيره الاستفادة من الفضـاء اذا لم يضر صاحب الارض ، لعموم مـن سبق[3] الشامل لمن يريد الاستفادة .

وكيف كان ، فالنهرله حريم والكلام فيه فى أمرين :

[الامرالاول :] قدر الحريم وهو عرفي اذ لم يحدده الشارع، الاماورد في رواية السكوني المروية في الكافى والتهذيب، عن أبيعبدالله عليه السلام،قال:

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١٠ من احياء الموات ح ٦ .

(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: مابين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ومابين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً ومابين العين الى العين يعني القناة خمسمأة ذراع والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبع اذرع[1]، لكن لم يعلم المراد بقوله: [يعنى القناة] الا ان يراد بها نفس العين.

وقد روى هذه الرواية مسمع بن عبد الملك[2]، عن الصادق عليه السلام بحذف قوله: [يعني القناة] ولعله في الرواية الأولى من تفسير الراوى.

ورواه فى الغنية مرسلا هكذا، ومابين بئر العين الى بئر العين فى الارض الصلبة خمسمأة ذراع، وفى الرخوة الف ذراع.

وكيف كان، فحيث لاتحديد شرعي لحريم النهر كان المحول اليه العرف كما يظهر وجهه من الدليل الدال على الحريم فى النهر، ولذا يختلف حريم الأنهر باختلاف امور:

الاول: اختلاف ضيق وسعة النهر.

الثاني: اختلاف بعد قرار النهر وقرب قراره من الارض.

الثالث كون الماء قريباً الى سطح الارض أو شبهه أو كون الماء بعيداً عن السطح.

الرابع: كون النهر فى الارض المستوية، او فى الأرض المنحدرة، وذلك لان حاجات هذه الانهر الى الحافة والحريم تختلف حسب هذه الاختلاف، مثلا: النهر الواسع يحتاج الى حريم اكثر من الضيق، والعميق الى حريم اكثر

---

(١) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥.

(٢) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦.

من قليل العمق وهكذا .

ولذا قال الجواهر: عند عبارة الشرائع المتقدمة للانتفاع به ولاصلاحه قدر مايحتاج اليه عادة .

[الامر الثاني]: الدليل على الحريم للنهر امور :

الاول : انه قدر ما احياه مستخرج النهر يشمله من سبق [(١)] ، ومن احيى [(٢)] وما اشبههما .

الثاني : انه لاخلاف في ذلك ،كمايعطيه التتبع، وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه .

الثالث : دليل لاضرر [(٣)]، حيث ان عمل الغير في الحريم ضرر على صاحب النهر.

الرابع : مارواه الكافى ، عن على بن ابراهيم ، عن ابيه رفعه قال : حريم النهر حافتاه ومايليهما [(٤)]، وكفى بذلك دليلا للامر، وقد تقدم الدليل على مطلق الحريم فراجع، ومن هذه الادلة يظهر قدر الحريم كما ذكرنا فانه بقدر يصدق من سبق، ومن احيى، و [حافتاه] وبقدر عدم الضرر .

ثم انه لو اختلف صاحب الارض وصاحب النهر الى جنبه فى الحافة هل له او لذاك، فمقتضى القاعدة انه لو كان احدهما سابقاً كان هو ذا اليد وعلى الاخر اقامة البينة، حيث ان الاخر خارج، وعلى الخارج البينة .

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٢) الوسائل : ج ١١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٤ .

وبذلك يظهر ان تردد الشرائع غير ظاهر الوجه قال : ولو كان النهر فى ملك الغير فادعى الحريم قضى له بـه مع يمينه ، لانه يدعى مايشهد به الظاهر وفيه تردد .

وقال في الجواهرفى شرحه [للظاهر] : من الحريم الذى لاينفك عن النهر غالباً ، وقال فى وجه تردده : لان يد مالك الارض على ملكه الذى من جملته موضع الحريم وهو مانع من اثباته، ومن ثم لم يثبت الحريم لاملاك المتجاورة ولان ثبوت الحريم موقوف على التقدم في الاحياء او المقارنة وكلاهما غير معلوم فسبب استحقاق الحريم حينئذ غير متحقق، ولايد لصاحب النهر الاعلى النهر ، و انما اليد لصاحب الارض وهى اقوى من اقتضاء النهر على الحريم على بعض الاموال فلايترك المعلوم بالمحتمل ولعله الاقوى ـ انتهى. ولايخفى ما فيه .

ثم اذا كان احدهما سابقاً وعلم به اعطى الحريم له ، واذا علم بالسبق ولم يعلم انه ايهما كان مقتضى قاعدة العدل التنصيف لا القرعة ، لان في الماليات التنصيف فلامجال لقاعدة القرعة[1] اذلامشكل بعد قاعدة العدل ، ولو لم يعلم السبق والمقارنة، فاذا جاء احدهما بالبينة كان الحكم له وان لم تكن بينة لاحدهما وحلف احدهما كان الحكم له لقوله صلى الله عليه وآله وسلم انما اقضى بينكم بالبينات والايمان[2]، وغيره مماذكرناه في [كتاب القضاء] وان كان لكل منهما بينة ، فان قلنا بتقديم الاكثر بينة قدم ان كان احدهما اكثر بينة ، والا بان تساوياً بينة أو حلفاً أو نكلا نصف الحريم بينهما على حسب قاعدة العدل فأن لم يكن قابلا

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم . . . ح ١ .

للتنصيف كالجواهر والعضايد الضيقة أصلح الحاكم بينهما بأحد امور ثلاثة : الصلح القهري، بأن يكون لاحدهما في قبال ثمن النصف عليه ، أو المهاياة بأن ينتفع كل منهما به برهة من الزمان أو البيع ونحوه والثمن يقسم بينهما وذلك لان الحاكم مأمور بفض النزاع، فأذا كان للفض وجه واحد لزم والا تخير .

نعم، للمتخاصمين قبول أحد الثلاثة وان تعاندا قدم مايراه الحاكم صلاحاً من وجهي معاندتهما، كما لو أراد أحدهما الصلح والاخر المهايات ان لم نقل ان المهايات اقرب الى تسلط الناس على اموالهم[1].

ومما تقدم يظهر ان احتمال تقديم صاحب الارض مطلقاً او تقديم صاحب النهر مطلقاً، غير وجيه ، وان علل الاول بأن صاحب الارض ذا يد بخلاف صاحب النهر، لانه منقوض بأن صاحب النهر أيضاً ذو يد، حيث ان اليد على ملك يد على حريمه أيضاً.

وعلل الثاني بان كون النهر له معناه كون الحريم له، فأنه تبع لذى الحريم كما ان بيع الشيء يستلزم تبعية ما يلزمه له، لانه منقوض بيد صاحب الارض.

وكيف كان ، فمقتضى القاعدة التفصيل الذي ذكرناه بين العلم بالتاريخ و السبق لاحدهما ، والعلم بالتاريخ والتقارن، والعلم بالسبق بدون ان يعلم أيهما السابق، وعدم العلم بالسبق أو التقارن، ولكل حكمه كما عرفت.

ومما تقدم ظهر حال ما اذا كان نهران لنفرين بينهما حريم فقط لم يعلم انه لهذا أو ذاك اولهما لتقارن حفرهما النهر او اشترائهما النهرين من صاحب واحد لهما او ارثهما الى غير ذلك.

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(مسألة ـ ١١ ـ) للبئر اربع حريمات، حريم في اطرافها ، وهو الحريم الذى ذكره الفقهاء، ويأتي الكلام فيه، وفى انه هل الحريم حولها شعاعي، او من جوانب اربع منها اويختلف للبئر المدورة كما هو الغالب عن البئر المربعة وشبهها كما يندر الحفر كذلك، وحريم تحتها، وحريم فوقها وحريم بأمتدادها فى عمق الارض ، فلا يحق لاخر ان ينقب تحت البئر الا بما لايضربها وبمائها ولا حق له ان يبني فوق البئر كالجسر الا بمقدار ارتفاع لايضرها، ولايعدمحيى لصاحب البئر، ولا حق له ان يمرر نقباً الى جانبها فى عمق الأرض بمايضرها اويعد تصرفاً فيما يعد احياء صاحب البئر له.

(مسألة ـ ١٢ـ) البئر على أقسام :

الاول: بئر المعطن على وزن مسجد التي يستقي منها لشرب الابل ، ولا يخفى ان البئر تستعمل مؤنثة على الاغلب، مثل قوله تعالى: «وبئر معطلة» [1] . وقول الشاعر:

بئر معطلة وقصر شرف		مثل لال محمد (ص) مستطرف

ومذكر أحياناً، كما قال الشاعر:

فأن الماء ماء أبي وجدى		وبئرى ذو حفرت وذو طويت

و هذه البئر متوسطة بين البئر العادية فى امثال البيـوت و بئر الناضح الاتية .

الثاني: بئر الناضح التي يستقى منها للزرع ونحوه كالبستان .

الثالث : البئر العادية فى الصحارى لاجل الشرب و اشراب الاغنام و ما أشبه .

الرابع: بئر الدور .

الخامس: الابار الارتوازية .

السادس : فوهات آبار القنوات .

فالاول: وهوبئر المعطن حريمها أربعون ذراعاًبالذراع المتوسطةللانسان العادى، لاالكبيرة ولا الصغيرة للانسان العادى، ولاالذراع للطفل ونحوه ، و قد حددنا الذراع فى بحث ألكر، وفى بحث السفر فى صلاة القصر، والمراد

---

(١) سورة الحجر : الآية/٤٥ .

اربعون من كل طرف شعاعياً كما هو المنصرف لامربعاً، والفرق واضح حيث تختلف الابعاد في المربع عن الشعاعي هذا فى البئر المدورة كما هو الغالب من تدوير البئر .

أما اذا كانت مربعة متساوية الاضلاع ، أو مستطيلة ، او مثلثة ، مثلا ، فهل العبرة بما تقدم، من مد الاربعين من وسط الاضلاع، أو ملتقى الخطوط، أى الزوايا الى الخارج ، اواخراج اربعيـن اربعيـن من كل نقطة نقطة كالمدورة احتمالات، ولوشك بين الازيد والاقل فى البعد عن البئر الاخر كان الاصل عدم دخول الزائد فى حريم صاحب البئر.

ثم لافرق فى البئر بين مرتفع القرار ومنخفضه، لاطلاق الادلة ، كما ان الحريم ليس خاصاً بالمنع من حفر بئر اخرى فى حريم البئر الاولى ، بل لا يجوز لاحد احياء المقدار المزبور بحفر بئر اخرى أوغيـره كزرع، أوشجر، اوبيت اوغير ذلك كما افتى به فى الجواهر قال: وان ظهر من بعض النصوص والفتاوى خصوص حفر بئراخرى، الاان المتجه الاعم ضرورة اشتراك الجميع فى الضرر على ذى البئر المزبورة ـ انتهى.

و الوجه في الاعم بالاضافـة الى فهم المناط ان بعض الروايات عامة و الخاصة منزلة على المثال المتعارف فلا يقيد الخاص العام، لان ذاك فيما علم وحدة الحكم كما ذكر في الاصول، وفي المقام لا علم ، بل العرف يرى عدم الوحدة .

وكيف كان فالحريم المذكور انما هو بالنسبة الى سطح الارض أماحريمها بالنسبة الى تحتها حيث يراد جر نهر أوانبوب أوماأشبه، أو فوقها حيث يراد مد جسر فوقها أونحوه وبالنسبة الى جوانبها في العمق أى بين الفوهةوالقرار

فحيث لادليل خاص في المسألة يجب الرجوع الى قاعدة: [من سبق][1] وقاعدة [لاضرر] فكلما صدق انه سبق اليه ـ اذ الحريم أيضاً مما يسبق اليه بواسطة ذى الحريم ـ او انهكان ضرراً على صاحبها يمنع عنه وكلما لم يصدق كان خارجاً عن الحريم، ولا يخفى ان ارادة جر انبوب من وسط البئر حاله حال ماذكر في الفوهه والتحت والجنب، كما ان الفروع المذكورة تجرى في كل اقسام الابار باستثناء بئر الدار ونحوها، حيث ان الملاك فيها الملك لاالبئر.

وكيف كان ، فتحديد الحريم في بئر المعطن بالمذكور من الاربعين هو المشهور شهرة عظيمة.

قال في الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده عندنا في التقدير المزبور، و ان استفاض حكاية الشهرة عليه على وجه يظهر منه الاعتداد بالمخالف، بل في التذكرة نسبة ذلك الى علمائنا مشعراً بالاجماع عليه، كقوله في التنقيح عليه عمل الاصحاب ، بل عن الخلاف الاجماع على ان حريم البئر أربعون ذراعاً ـ انتهى .

وعن الغنية بلا خلاف والمخالف في المسألة من يأتي ممن حدد بالضرر مطلقاً من غير اعتبار التحديد المزبور ويدل على المشهور مستفيض الروايات مثل قوى السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: مابين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعاً، ومابين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً، وما بين العين الى العين خمسمأة ذراع.[2]

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

وعن قرب الاسناد، انه روى مثل ذلك ، الا انه زاد حريم البئر المحدثة خمسة وعشرون ذراعاً، ومرسل الغنيـة قال : روي أصحابنا ان حد مابين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً، ومابيـن بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً ومابين بئر العين الى بئر العين في الارض الصلبة خمسمأة ذراع وفي الرخوة ألف ذراع،[1] قال : وعلى هذا لو اراد غيـره حفر بئر الى جانب بئره ليسرق منها الماء لم يكن له ذلك بلا خلاف، ولا يجوز له الحفر الا ان يكون بينهما الحد الذى ذكرناه.

وفي الفقيه : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان البئر حريمها أربعون ذراعاً لايحفر الى جنبها بئر اخرى لعطن أوغنم.[2]

وفي رواية الجعفريات بسند الائمة الى علي عليه السلام ، الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: مابين بئر المعطن الى بئر المعطن أربعون ذراعاً ومابين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعاً ومابين العين الى العين خمسمأة ذراع، والطريق الى الطريق اذا تضايق على أهله سبعة اذرع.[3]

ومثـله رواه الراوندى في نوادره :[4] ولا يقابل هذه الروايـات الا احتمال بعض الفقهاء انها من مصاديق لاضرر والمعيار عدم الضرر ، وبعض الروايات الدالة على أقل من ذلك ، أومطلقة تخالف ذلك ، مثل مارواه الكليـني [بعد روايـته ان حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولها] قال: وفي روايـة اخرى

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٩ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٧
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

خمسون ذراعاً، الا ان تكون الى عطن ، أو الى الطريق فيكون أقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً.[١]

ونحوه رواية وهب بن وهب، عن الامام الصادق، عن أبيه، عن علي عليهم السلام،[٢] والرواية المطلقة، مثل رواية عقبة بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يكون بين البئرين اذاكانت أرضاً صلبة خمس مأة ذراع، وان كانت أرضاً رخوة فألف ذراع،[٣] لكن شيء من هذين لايقاوم روايات المشهور.

أما الاول: فلانه وان حكى عن أبي علي والمختلف، والمسالك والمفاتيح الا انه لاشاهد على ذلك ، الا بعض روايات القناة الاتية حيث عللت بالضرر، وفيه: ان تلك الروايات لاتكون شاهدة للمقام بعد نص المقام بالتقدير المزبور الا اذا علم بالمناط، ودعوى العلم على مدعيها، ولو اضطر الى الجمع بين روايات المقام كان لابد من الاخذ بالاقل بحمل الاكثر على الافضل كما هو مقتضى القاعدة في الجمع بين الاقل والاكثر كما في التسبيحات الاربع والدلاء في النزح وغيرهما فيكون ابتعاد من يريد تجديد البئر ونحوها بالقدر الاكثر افضل، وان جاز بالاقل أيضاً.

وأما الثاني: فلان الروايات المخالفة للمشهور لاتقاوم روايات المشهور، بل قد عرفت ادعاء الاجماع على روايات المشهور خصوصاً بعد احتمال التقية في بعضها .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٨ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

فقد روى أبو علي في أماليه ـ كما في المستدرك ـ بسنده الى أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، انه قال: حريم البئر خمسة وعشرون ذراعاً، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً، وحريم البئر السائحة ثلاثمأة ذراع وحريم بئر الزرع ستمأة ذراع[١].

نعم في بعض رواياتهم أربعون أيضاً، فقد روى كنـز العمال، عن عبد الله بن مقفل، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: من احتفر بئراً فله اربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته.[٢]

والثاني: وهو بئر الناضح، حريمها ستون ذراعاً، كما تقدم في جملة من الروايات.[٣]

وفي المستدرك، عن درر اللئالي قال: قد جاء في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ان حريم البئر الناضح ستـون ذراعاً[٤] ولا يعارض روايات المقام الا روايات عارضت روايات المشهـور في بئـر المعطن، وقد عرفت هناك جوابها.

والثالث: البئر العادية، وفيها طائفتان من الروايات طائفة تقول: ان حريمها أربعون وطائفة تقول: ان حريمها خمسون.

ففي صحيح حماد المروي في الكافي[٥]: سمعت عن الصادق عليـه السلام يقـول: حريم البئر العادية أربعون ذراعاً حولهـا قال: وفي رواية اخـرى

---

(١) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٧.
(٣) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥.
(٤) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح
(٥) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ١.

خمسون ذراعاً، الا ان تكون الى عطن، أوطريق فيكون أقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعاً.[١]

وخبر وهب بن وهب، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، ان علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: حريم البئر العادية خمسون ذراعاً، الا ان تكون الى عطن أو الى طريق فيكون أقل من ذلك خمسة وعشرين ذراعاً [هكذا في الفقيه].[٢]

ورواه الحميري في قرب الاسناد، وزاد: وحريم البئر المحدثة خمسة و عشرون ذراعاً.[٣]

ويشمله بعض الاطلاقات أيضاً مثل مارواه الفقيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ان البئر حريمها أربعون ذراعاً لايحفر الى جانبها بئر اخرى لعطن أوغنم.[٤]

ومثل مارواه المختلف، عن ابن الجنيد قال: روى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، انه قال: حريم البئر اذاكانت حفرت في الجاهلية خمسون ذراعاً، وان كانت حفرت في الاسلام فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً.[٥]

وقدتقدم رواية أبي هريرة أيضاً: ان حريم البئر العادية خمسون ذراعاً،[٦] و الجمع بين الطائفتين يقتضي حمل الاكثر على الفضل فيكون الحد اللازم أربعين

---

(١) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٨.
(٣) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٩.
(٤) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٧.
(٥) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ٣.
(٦) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ٢.

ولايعارض هذه الروايات الابعض الروايات المطلقة ممايلزم تخصيص هذه الروايات لها، وبعض الروايات المفصلة بين القديمة والمحدثة، أوبين ماكانت الى عطن أوطريق وبين غيرها ـ كما تقدم في صحيح حماد ، لكن الظاهر عدم الفتوى بذلك، كما يظهر من تتبع كلماتهم، ولذا لايمكن العمل بها خصوصاً بملاحظة ان المحيى من اطراف البئر العادية لايكون أقل من خمسين ، أواربعين غالباً فيشمله دليل من سبق، ومن احيى، ولاضرر، وما أشبه.

قال في المسالك : ونسبة البئـر الى العادية اشارة الى احداث الموات، لان ماكان في زمن عاد وماشابهه فهو موات غالباً وخص عاداً بالذكر لانها في الزمن الاول كان لها آثار في الارض، فنسب اليها كل قديم، ثم قال : وبسبب اختلاف الروايات، وعدم صحتها جعل بعضهم حريم البئـر مايحتاج اليه في السقي منها وموضع وقـوف النازح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء و الموضع الذى تجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه بحسب العادة ـ انتهى.

والرابع : بئر الدور، ولا حريم لها في أى من جوانبها ، نعم اذا كانت عميقة بحيث ان قرارها بعد حد الملك عرفاً لم يحق لاحد ان يمرر من تحتها مايضر بها .

كما انها اذاكانت فى طرف الدار لايحق لاحد ان يمرر من جانبها مايضر بها، سواءكان الى جانبها طريق أوساحة اوماأشبه، والظاهر عدم البأس بحفر بئر جديدة في الدار ، وان اضرت بماء بئر الجار وذلك للسيرة المستمرة فى كون آبار الدور تضر بعضها ببعض ، لكن اللازم عدم كون الضرر كثيراً مما لايتعارف مثله، كما اذا كان الدار التي تريد حفر البئر انزل من الدار السابقة

ـ كما يتفق ذلك في الدور الواقعة في سفوح الجبال ـ حيث ان حفر البئر في الانزل يوجب افراغ البئر المحفورة في الاعلى سابقاً من كل مائها مثلا، وكذلك اذا جعل أحد الدارين المتساويتين أرضاً قرار بئرها عميقاً بحيث تجر كل ماء بئر الجار، فان مثل ذلك الضرر، حيث لم يكن متعارفاً في الدور المجاورة في البلاد يشمله دليل لاضرر بخلاف القسم السابق، حيث ينصرف عنها الدليل، ولايعارض ما ذكرناه في بئر الدور من عدم الحريم الا بعض الروايات المطلقة السابقة، لكنها حيث تنصرف الى الابار في الموات فلاتكون خلاف ماذكرناه من القاعدة في آبار الدور.

والخامس: وهي الابار الارتوازية المتعارفة في هذه الازمنة، وليس فيها الا بعض المطلقات المنصرفة عنها، وأدلة من سبق، ومن أحيى، ولا ضرر و نحوها، فاللازم جعل العبرة في حريمها بهذه الادلة العامة، ولو اختلف العرف أخذ بالقدر المتيقن لاصالة عدم الحريم بالنسبة الى الزائد، أو أخذ بقاعدة العدل والانصاف.

نعم، قد ذكرنا في جملة من الكتب الاقتصادية أن اللازم عدم الاجحاف بالاخرين، وعدم أخذ الحق للاخرين بما ينافي [لكم] في الاية لانها حاكمة على من سبق،(١) ومن أحيى،(٢) وقد تقدم الالماع الى ذلك في أوائل هذا الكتاب أيضاً.

والسادس: فوهات آبار القنوات حيث انها أيضاً مورد الاستفادة في الموات

---

(١) سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٤١.

(٢) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦.

وفي الدور ونحوها أما في الموات، فاللازم القول بأن قدر حريمها مايستفاد من من أحيى ولاضرر [١] ومن سبق وما أشبه ، اذ لادليل خـاص في المقام الابعض المطلقات المنصرفة ، ومثل ما تقدم في رواية السكوني ما بين العين الى العين يعني القناة .

وفيه أولا : ان الرواية في ما بين العينين ، لابين فوهات الابار .

و ثانياً : ان رواية مسمع الذي روي نفس هذه الرواية خالية عن قوله : [يعنى القناة] فمن المحتمل ان التفسير في رواية السكوني من الراوي [٢] ، لامن الامام، وقدتقدم في رواية الجعفريات ايضاً مابين العين الى العين [٣] بدون التفسير المذكور مما يقوى الاحتمال الذي ذكرناه .

وأما فوهات تلك الابار في الدور ـ كما في آبار شاه عباس في النجف الاشرف على المشهور ـ ونحو الدور فلا حريم لهـا، والظاهران الدار التي لافوهة لتلك القنوات فيها اذا ارادت حفر فوهة الى القناة، لايحق لهاذلك اذا اضرت بالجيران لانهم سبقوا الى تلك القناة ، فان القناة نهر في عمق الارض مبعثها العيون .

نعم ، اذا لم تضر بالجيران جاز ، لانه يسبق الى ما لم يسبق اليه أحد.

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ ح ٧ .

(مسألة ـ ١٣ ـ) فيها فروع البئر السابقة قد يكون صاحبها فرداً، أو جماعة خاصة، كما اذا كانت في قرية ، أو لقرية ، وقد يكون للعامة وقفاً أو نحو ذلك كآبار الطرق .

ففي الاول : يحق لاصحابها اباحة عمران اطرافها مما يدخل في داخل حريمها ، لان الحريم حق لهم ، ولادليل على العدم ، و اطلاق الأدلة منصرفة الى صورة عدم رضاية أصحابها ، أو فيهما لاصاحب لها، سواء كان رضاهم ببدل أو بدون بدل .

نعم ، في البئر الموقوفة على البطون لاحق لبطن في اباحة الحريم مطلقاً وانما لهم الحق في اباحته بقدر زمانهم لانه حق جميع البطون لاحق خاص لبطن كما هو واضح .

أما اذا كانت البئر للعامة لم يحق لجماعة ان يجيزوا ذلك، نعم يجوز للمتولي كالحاكم الشرعي الاجازة اذا كانت مصلحة، وقد تقدم في أوائل الكتاب انه لايحق له أكثر من مدة توليه ، لان الحق موزع على زمان كل متول فلا يتمكن ان يتصرف في زمان غيره ، ولو تصرف توقف على اجازة الحاكم الذي بعده وهكذا .

ولو سقطت البئر العامة، أو الخاصة عن الانتفاع ، كما اذا كانت البئر في الجادة فتركت مما تركت بسببه البئر أيضاً ، أو صارت الانابيب المائية مما لاينتفع بالبئر أصلا، وكذلك اذا تركت القرية مما تركت آبارها الخاصة رجعت لله سبحانه، فهي لمن احياها، لاطلاق الادلة ، وعدم شمول الادلة في المقام لهما، بالاضافة الى الروايات التي تقدمت في مسألة خراب القرية مما يستلزم خراب آبارها أيضاً .

كمـا ان الحكم كذلك اذا كانت البئر في وسط الدور كما يتعارف في بعض البلاد حيث تحفر بئر في فضاء وسط بيوت يستقى منها كل بيت واذا خربت تلك البيوت وتركت صار بئرها مباحة لمن أحياها .

ثم انه لو اشترك جماعة في حفرها ، فالظاهر انها وحريمها تكون لهم بالنسبة فمن أعطى عشرين، فله عشران ، ومن أعطى النصف له النصف، و من أعطى العشر له بقدره وهكذا .

ولو اشترك جماعة فحفر الاول الربع الفوقاني، والأخير الربع التحتاني والوسط النصف الاوسط لم يكن لكل واحد بقدر ما حفر من الارباع .

بل بقدر ماله من الحاصل عند الخبراء لوضوح اصعبية الحفر كلما أخذ في العمق ان لم تكن أرض الفوق صلبة و أرض التحت سهلة .

وكيف كان، فالظاهر ان الحريم لهم بالنسبة أيضاً، لصدق من سبق، ومن أحيى بالنسبة، ولو كانت بئر للعامة، أولخاص وكانـت المصلحة خرابها ، مثل الاحتيـاج الى الجادة ونحو ذلك كان للحاكم الشرعي ذلك، لانه ولي فيأخذ بقاعدة الاهم والمهم لكن اللازم اعطاء ثمنها للخاص ـ في الخاص ـ للجمع بين الحقين كما ذكروا في أكل المخمصة.

ولو حفر الثاني في حريم الاول، أو أحيى، فان كان مع العلم بالموضوع و الحكم كان له ان يطمها، أويخرب ماأبدعه فى حريمه، فهو مثل البناء فى ملك الغير فليس لعرق ظالم حق الا اذا أرضاه بشيء.

نعم قد تقدم الكلام فى مسألة من بنى في المحيى انه اذا كان الضرر كبيراً على الظالم ليس للاول اضراره مطلقاً فراجع .

وان كان حفر الثاني، أواحيائـه بدون العلم ، فهل هو كالاول، لان دليل لا

ضرر[1] يرفع الواقع، فالشارع لم يجعل شيئاً ضررياً من حكم، أو وضع وهذا هو الذي نستظهره لاطلاق دليل لاضرر ونحوه ، أولا ؟ بل يكون للثاني الحق لانصراف دليل الضرر الى الامتنان ، فاذا كان لاضرر امتنانياً كان رافعاً والا لم يرفع والامتنان على الحافر الاول معارض بالامتنان على الحافر الثاني فيتساقطان ويكون الحاصل لزوم اعطاء الثاني للاول بقدر حقه لقاعدة الجمع بين الحقين

ويظهر من الشيخ المرتضى [ره] و الفقيه الهمداني [ره] انهما يقولان بتقيد لا ضرر بالامتنان فراجع الرسالة الضررية للشيخ [ره].

فاذا توضأ وضوءاً فيه ضرر كبير وهو لايعلم بطل وضوئه على ما نرى ، لانه لاحكم، ولا يبطل على رأيهما اذ ليس من الامتنان ابطال وضوئه وايجاب التيمم عليه فى هذا الحال.

نعم ، اذا كان الضرر قليلا صح وضوئه، وان علم اذ المرفوع ليس كل ضرر، بل الضرر الكثير، وان جاز له ترك الوضوء، كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الصوم] من الشرح فى من يتضرر بالصوم ضرراً قليلا فراجع .

ثم ان البئر الابعد من الحريم اذا سببت ضرراً على البئر السابقة فالظاهر عدم جواز حفرها لدليل لاضرر، كما اذا سببت لها فراغها من الماء أوماأشبه اذ ليس جعل الحريم رافعاً للادلة الثانوية كادلة الضرر .

نعم، اذاكان الضرر متعارفاً في مثل ذلك البعد جازحفرها اذ دليل الحريم - بعد تعارف مثل ذلك الضرر - دليل على جوازه ، كما قلنا مثله فى آبار الدور.

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣ .

ولو جفت البئر مما انقطع عنها المارة ونحوها، فهل يسقط حكم الحريم ـ فيما لم يكن الجفاف موقتاً والابقى حكم الحريم بلا اشكال ـ الظاهر ذلك اذ الحكم يسقط بسقوط موضوعه ، ومثله اذا تفايضت ماءاً مما سقطت عن كونها بئراً، وقد تقدم الكلام في مسألة ان المحيى لورجع مواتاً فهذه المسألة فرع من تلك ، ولو حازت البئر أكبر من قدر الحريم المقرر لكثرة المارة و المستقون كان الحريم بقدرهم ، لان صاحبها أو نحوه قد حاز بذلك القدر الكبير فهو سبق واحيى فلا يحق لغيره مزاحمته فى ما أحياه، والادلة منصرفة عن مثل ذلك .

ولو تحولت الناضح معطناً أوبالعكس أو ما أشبهه ، فالظاهر تحول قدر الحريم، لان الحريم تابع في التحول الى الاكثر بلا اشكال، وفي التحول الى الاقل على ماذكرناه فيما لو رجع المحيي مواتاً.

ثم انه قد علم مما سبق ان القرية التحتانية لاحق لها في حفر البئر جديداً اذا كانت تضر بآبار القرية الفوقانية ضرراً غير متعارف كما انه لاحق لاناس في الاستفادة من ماء الانهر فوق قرية في تحت الجبل ونحوه اذاكان ذلك يضر بالقرية التحتانية، لان التحتانية قد سبقت الى ذلك الماء .

ثم ان القناة لاحق لاحد في احياء الاراضي التي فوقها في القنوات تحت الارض اذا كان الاحياء يضر بالقناة، لان صاحبها سبق الى تلك الاراضي.

نعم، يحق الاحياء فيما لايضر، وقد تقدم الكلام في حريم فوهات القناة، كما ظهر مما سبق حال ما تحت القناة ، وما في جنبها وما فى فوق فوهاتها، لان الحكم فيها وفى البئر واحد من هذا الحيث .

و لو شرع انسان فى حفر بئر فى الموات لم يحق لاخر الشروع في

حريمه لتحقق من سبق بالنسبة الى الحريم بمجرد الشروع.

نعم، لو شرعا دفعة واحدة لم يحق لاحدهما منع الاخر، وكان الحريمفى ما بينهما لهما بالنسبة لا بالسوية الا اذا كانت البئران على نحو واحد ، مثلا كانتا معطناً .

أما اذا كانتاحدهما معطناًوالاخرى ناضحاً لوحظ النسبة مثلا،كان بينهما ثلاثون ذراعاً واحداهمامعطن والاخرى ناضح فانه يقال ـ بالاربعةالمتناسبة ـ لوكانت المسافة بينهما مأة كان للمعطنأربعون .

أماالانحيثثلاثين ، فللمعطن اثنىعشر ، وذلك يحصل من تقسيممضروب الثلاثين في الاربعين [الوسطين] أى ألف ومأتين على الطرف المعوم ، أى المأة ومن ذلك يعرف حريم الناضح .

كمـا انه لوعكس كانكذلك يقال : لو كان مأة كان للنـاضح ستون ، وحيث الان ثلاثونكان له ثمانية عشر .

ولو تنازعا في السبق واللحوقولم يكن دليل قسم الحريم بينهما بالنسبة لمقتضى قاعدة العدل في الماليات ، وكذا لو اتفقا في السبق لاحدهما ، لكن قال : كل واحـد منهما انه السابق ، واذا كان الطرفان من العامـة ، فمقتضى القاعدة الزامهم بما عندهم من قدر الحريم عند التنازع ، ولوكانا من مذهبين رجح الحاكمأيهما شاء لاصالة عدم الترجيح لاحدهما ، وفيكافرين متنازعين يحكم حسب رأينا أو رأيهمكما ذكرناه في [كتاب القضاء] .

(مسألة ـ ١٤ ـ) العين غير البئر لغة واصطلاحاً ، فان العين عبارة عن الماء النابع عن فجوات في الارض تحتفظ بمياه الامطار ، ثم تسيل منها طول السنة بكثرة أو قلة حسب كبر او صغر تلك الفجوة المحتفظة بالماء ، وأحياناً يكون مائها قليلا جداً كالرشح ، واحياناً ينقطع الماء عنها في بعض الاشهر، واحياناً لاتعطى الماء أصلا اذا كانت الامطار قليلة في تلك السنة ، وليس ذلك كله لاجل قلة ماء الفجوة دائماً ، بل احياناً لان الفوهة المتصلة بالماء ليست في تحت الفجوة بل في وسطها ، أو في سطحها ، بخلاف البئر فانها ماء الأرض غير المرتبط بالمطر غالباً مباشرة ، وان كان لماء المطر أثر في زيادته ونقصه ، و الاراضي التي احتفظت بماء الامطار اذا ظهر منها عين في جانب ، ثم فجرت عين اخرى فى مكان آخر اثرت تلك في العين الاولى ، ولذا حددها الشارع بقدر خاص لايحق للثانى تفجير عين فى مكان اقرب من ذلك الحد ، وذلك ما يصطلح عليه بالحريم للعين وفي حد ذلك قولان :

الاول : المشهور ، قال في الشرائع : والعين ألف ذراع في الأرض الرخوة ، وفي الصلبة خمسمأة ذراع .

وقال في الجواهر : ان في محكى الخلاف عليه اجماع الفرقة واخبارهم والتذكرة عند علمائنا ، وفي التنقيح : عليه عمل الاصحاب وفي جامع المقاصد اطباق الاصحاب .

أقول: ذلك للجمع بين ثلاث طوائف من الروايات ، طائفة تحدده بالاول وطائفة بالثاني، وطائفة تفصل بين الرخوة والصلبة مماتكون شاهدة جمع بين الاولين .

ففي خبر مسمع ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال رسول الله صلى الله عليه

وآله وسلم : ما بين العين الى العين خمسمأة ذراع [١].

وفي خبر السكوني ، عنه عليه السلام قال : ما بين العين الى العين يعني القناة خمسمأة ذراع [٢].

وفي رواية حفص ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، المروية في الكافي قال: يكون بين العينين ألف ذراع [٣].

والذي يدل على التفصيل هو خبر عقبة الذي رواه المشايخ الثلاثة ، وكفى بروايتهم له ، بالاضافة الى الاجماع المدعى على طبقه سنداً له عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يكون بين البئرين اذا كانت أرضاً صلبة خمسمأة ذراع ، وان كانت أرضاً رخوة ألف ذراع [٤].

وفهم المشهور في ان المراد بالبئر العين مع قرينة الطائفتين السابقتين ، ووضوح عدم تحديد البئر الاصطلاحية بهذا التحديد بل بما تقدم ، دليل على ارادة البئر من العين .

ثم المعيار في صلابة الارض ورخوها العرف ، واذا شكوا في انها من أيهما أو اختلفوا كان الاصل مع عدم الزائد ، أو يرجع فيه بقاعدة العدل أو القرعة والظاهر من النص والفتوى عدم التفاوت بين العيون الكبيرة والصغيرة ، واذا استنبط الماء من عين واستنبط آخر من بعد حريم الأولى لا يحق للاول

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .
(٣) الكافي : ج ٥ ص ٢٩٣ باب الضرار ح ٣ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح

ان يستنبط الماء عن قرب الثانية بادعاء انه في حريمه ، اذ حريم الثانية منعت عن ذلك ، وقد تقدم في البئر ان الحريم فوقي وتحتي وجانبي الى جنب كونه في السطح ، وفروع اخر ترتبط بالمقام ايضاً .

ثـم ان الحريم بالقدر المذكور انما هو مع تحقق الموضوع ، اى كونه عيناً ، فاذا شك في انه عين ، أوبئر ، أواختلف العرف كان الاصل مع عدم الزيادة أويرجع فيه بقاعدة العدل ، أوالقرعة كما تقدم .

قال في الجواهر : ثم لايخفى ظهور النص فيما صرح به غير واحد من ان الحريم هنا يمنع احداث عين اخرى فلايضر حينئذ احياء مازاد على ماتحتاج اليه العين من نزح ونحوه .

أقول : وكذلك يلزم ان يقال في حريم البئر ، فاذاكانت بئر على حافة جبل مثلا بحيث كان المرتفع لايرتبط بالبئر لم يكن بأس فى احياء ذلك البئر بزرع أو نحوه ، وذلك لانصراف دليل الحريم عنه .

الثانى : ما عن الاسكافي : ونفى عنه الباس فى المختلف وفى المسالك انه اظهر ومال اليه بعض آخر فقالوا : بأن حريم العين ان لايضر الثانى بالاول والمنصرف من الضـرر بمائها بأن يقل : لا الضرر بالقيمة ، حيث ان كثرة العرض يوجب قلة الطلب فتتنزل القيمة ، ولاالضرر بالمشترين ، حيث ينقسم المشترون الى كلتا العينين بعد ان كانوا خاصاً بالعين الاولى، ولاالضرر الجاهى بأن يخرج الاول عن كونه واحداً ، وذلك جاه يلاحظه كثيرمن الناس ، وذلك لانصراف الضرر فى النص والفتوى الى القسم الاول فقط دون الاقسام الثلاثة الاخر ، ولايخفى انه لاتلازم بين الاول وبين الثانى والثالث والرابع .

وكيف كان، فهؤلاء حملوا الروايات السابقة على الروايات المصرحة بأن الاعتبار بالضرر .

مثل مارواه الكافي ، عن محمد بن حفص ، عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال : سألته عن قوم كانت لهم عيون في أرض قريبة بعضها من بعض فأراد رجل ان يجعل عينه أسفل من موضعها الذي كانت عليه ، وبعض العيون اذا فعل بها ذلك أضر بالبقية من العيون ، وبعضها لايضر من شدة الارض ، قال فقال : ماكان في مكان شديد فلايضر ، وماكان في أرض رخوة بطحاء فانه يضر وان عرض رجل على جاره ان يصنع عينه كما وضعها وهوعلى مقدار واحد ، قال : ان تراضيا فلايضر ، وقال : يكون بين العينين ألف ذراع .(١)

قال في الوسائل : ورواه الصدوق مرسلا الى قوله : فانه يضر .(٢)

وصحيح محمد بن الحسين قال : كتبت الى أبي محمد عليه‌السلام ، رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخرى الى قرية اخرى ، كم يكون بينهما في البعد حتى لايضر بالاخرى في الارض اذا كانت صلبة أو رخوة ؟ فوقع عليه السلام على حسب ان لاتضر احداهما بالاخرى ، انشاء الله تعالى .(٣)

ونحوه خبر محمد بن علي بن محبوب ، الذى رواه الفقيه الا انه قال : قناة اخرى فوقه ، وقد أيد ذلك بخبر عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه‌السلام في رجل أتى جبلا فشق فيه قناة جرى ماؤها سنة .(٤)

ثم ان رجلا أتى ذلك الجبل فشق منه قناة اخرى فذهبت قناة الاخر بماء قناة الاول قال : فقال (ع) يتقايسان [يتقاسمان خ ل] بحقائب البئر ليلة ليلة فينظر

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٢ الباب ١٣ من أبواب احياء الموات ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٢ الباب ١٣ من أبواب احياء الموات ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ١٤ من أبواب احياء الموات في ذيله .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٤ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

ايهما اضرت بصاحبتها فان رأيت الاخيرة اضرت بالاولى فلتعور.[١] أقول: قد روى هذه الرواية بلفظ : [عقائباً] بدل [حقائباً] وكلاهما بمعنى واحد ، فان المراد بالعقائب التعاقب ، وبالحقائب جعل الماء حقيبة حقيبة ، وهي شيء من جلد ونحوه ، لحفظ الامتعة كان الماء يقسم كذلك .

وفي الوسائل روى الصدوق ، باسناده عن عقبة بن خالد نحوه ، وزاد : وقضى رسول الله صلى الله عليه و آله بذلك ، وقال : ان كانت الاولى أخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاول سبيل .[٢]

وفي خبر عقبة أيضاً، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل احتفر قناة وأتى لذلك سنة ، ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة فقضى ان يقاس الماء بحقائب [بجوانب خ ل] البئر ليلة هذه وليلة هذه، وان كانت الاخيرة أخذت ماء الاولى عورت الاخيرة، وان كانت الاولى أخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاول شيء .[٣]

أقول: هاتان طائفتان من الروايات، طائفة رواية المشهور المحددة بالالف وخمسمائة، وطائفة رواية هؤلاء المحددة بالضرر، فاللازم الرجوع في الجمع بينهما الى القواعد، وهي تقتضي انه لو كان بين الامرين التساوى وحدة الحكم مثل ان جامعت فاغتسل، وان لامست فاغتسل، أو التباين تعدده، مثل (ان حنثت النذر كفر)[٤]، و(ان ظاهرت كفر)[٥]، أو العموم من وجه التعدد في مورد الافتراق

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٤ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٤ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٤ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٤) انظر قواعد الأحكام : ج ٢ ص ١٤٢ سطر / ١٣ وص ١٤٩ سطر / ٦ .
(٥) انظر قواعد الأحكام : ج ٢ ص ١٤٩ سطر /٥ .

والوحدة، أوالتعدد فيمورد الاجتماع [حسب فهم وحدة الحكم، أوتعدده في مورد الاجتماع] مثل: ان ادخلت فاغتسل وان انزلت فاغتسل ـ اذا كاندخول وانزال ـ ومثل ان حنث النذر فكفر ، وان خالفت اليمين فكفر ، حيث ينذر ويحلف على ترك شيء مثلا، ثم يخالفه، أوالعموم المطلق في مورد الاجتماع بعد ان يكون الحكم ثابتاً في مورد العام فقط ، مثل ان دخل الصباح فاعط صدقة، وان اشرقت الشمس فاعط صدقة، حيث انه لومات قبل الشروقوجبت عليه الصدقة .

أماان بقي الى الشروق، هل يتصدق اثنين، أوواحد؟ وفيمورد الاجتماع هنا ، وفي من وجه يكون الملاك فهم العرف التداخل وعدمه كما ذكروه في الاصول ـ وان أشكلبعضهم هناك بعدم الاحتياج الىالقرائن الخارجية، وانما يفهم من نفس المطلق والمقيد والعام والخاص والعامين من وجه ـ .

وكيف كان فالمقام مثل من وجه حيث يرجع الامرالى [اذا اضر لايحق للثاني] [واذا كان دون الحد لايحقللثاني] فمورد الافتراق دون الحد بلاضرر وفوق الحد مع الضرر، ومورد الاجتماع دون الحد مع الضرر، ولاشك في المنع اذا اجتمع الضرر والحد ، كما لاشك فى الجواز بدون الضرر فوق الحد .

أما اذاكان ضاراً فوق الحد، أولم يكنضاراً دون الحد، فهو موردالتدافع ينبغي ان يقال: انه اذا اضرت بالاولى ضرراً بالغاً فوق الحد لم يجز، لاندليل لاضرر حاكم على الادلة الاولية ، وانما قيدنا الضرر بالبالغ ، لان الاضرار المتعارفة بين الجيران والمحيين منصرف عن لاضرر ـ كما ذكرناه سابقاً ، وسيأتي الالماع اليه ايضاً ـ .

أما اذا لم يضر دون الحد، فحيث الشهرة المحققة والاجماع المدعى يلزم ان يقال: بعدم الجواز، وعليه فالمعيار عدم الضرر فيما فوق الحد، والحدفيما دون الحد، هذا وان كانت المسألة بعد بحاجة الى تأمل أكثر.

(مسألة ـ ١٥ـ) الدار قد تكون في البلد ونحوه ، وقدتكون في أرض مباحة، ففي البلد قديكون للدارحريم واحد، وقد يكون له حريمان، وقديكون له ثلاث حريمات إذا كان في طرفيها أوثلاثة اطرافها الشارع ونحوه وكان يستفيد من جميعها ، مثل انه شرع الباب في الجميع أو يستفيد منها فى طرح التراب والقمامة والرماد والثلج والسلوك وربط الدابة ونحو ذلك ، وفي المباحة قد يكون لها أربعة حريمات ، حيث تكون كل اطرافها تحت استفادته والحريم حق لذي الحريم ، لانـه يشمله : [من سبق][1] و [من احيى][2] و [لاضرر][3] و [لايتوى] [4].

ومنه يعلم ، انه تابع لجعـل ذى الدار حريمها أكثر من واحد اذا أمكنه جعل الاكثر، وفى الواحد قد يجعل كل الاطراف حريماً وقد يجعل البعض .

ثم قد تكون الدار واسعة كبيرة فيكون حريمها أكبر، وقد تكون صغيـرة فيكون حريمها أقل،كما ان الحريم ايضاً معتبر بالنسبة الى ما تحت الدار اذا كان ضرراً أو كان منافياً للحق العرفي والسبق ونحوها ، فلا يحق لاحد أن ينقب تحت الدار بقدر يراه العرف خلاف حق صاحب الدار أو يكون ضرراً عليه .

كما ان الحكم كذلك بالنسبة الى جوانب الدار في الفضاء فلايحق لاحد أن يتصرف في الفضاء المسامتة للدار من جوانبها بأحد الامرين أي مما يضر أو ينافي سبقه وحقه وكذلك بالنسبة الى ما فوق الدار ولو شك في المنافات أو

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١٠ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

الضرر كان الاصل العدم الا ما اذا كان مورد قاعدة العدل أو القرعة .

وبذلك ظهر ان من اراد أن يفتح باباً او ما اشبه ، فان أضر بالطريق أو كان ذلك حقاً للغير عرفاً لم يجز له والا جاز .

ويؤيده جملة من الروايات المروية في دعائم الاسلام ، فعن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : من اراد ان يحول باب داره عن موضعه أو يفتح معه باباً غيره في شارع مسلوك نافذ فذلك له الا ان يتبين ان في ذلك ضرراً بيناً، وان كان في رائقة سكة غير نافذة لم يفتح فيها باباً ولم ينقله عن مكانه الا برضى أهل الرائقة .[1]

وعنه عليه السلام ، انه قال : ليس لاحد أن يغير طريقاً عن حاله اذا كان سابلا يمر عليه عامة المسلمين[2] ، وان كان لقوم بأعيانهم فاتفقوا على نقله الى موضع آخر لايضرون فيه بأحد وفي ملك من اباحهم ذلك فذلك جائز وكذلك اذا أرادوا أن يخطروا الطريق أو يجعلوا عليها غلقاً فذلك لهم اذا كان الطريق لقوم بأعيانهم واتفقوا على ذلك وليس لاحد أن يفعل ذلك بالسابلة .

وعنه عليه السلام ، انه قال : في الرجل يكون له الطريق في بستان لرجل فيريد ان يجعل عليه باباً ، قال : ليس له ذلك الا ان يأذن صاحب الطريق[3] .

وعنه عليه السلام ، انه نهى عن اخراج الجدر في طرقات المسلمين[4] ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ١٤ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٤ .
(٤) المستدرك : ج ١٤ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

وقال: من اخرج جدار داره الى طريق ليس له فان عليه رده الى موضعه و كيف يزيد الى داره ما ليس له و لمن يترك ذلك وهل يترك فيها بل يرفع عن قريب عنها ، ويقدم على من لايعذره ويدعها لمن لا يحمده ولاينفعه ، ما اغفل الوارث عما يحل بالموروث يسكن داره وينفق ماله وقد علقت رهائن المسكين وأخذ بالكظم فود انه لم يفارق ما قد خلف، وسيأتي بعض الروايات الاخر المؤيدة للمطلب الناقلة لعمل الامام الحجة عليه السلام (١) .

ومما تقدم يظهر حال القرية أيضاً بالنسبة الى حريمها ، قال في محكى الدروس ان حريم القرية مطرح القمامة والتراب والوحل ومناخ الابل ومرابض الخيل والنادى وملعب الصبيان ومسيل المياه ومرعى الماشية ومحتطب اهلها مما جرت العادة برصد لهم اليه وليس لهم المنع فيما بعد من المرعى و المحتطب بحيث لا يطرقونه الا نادراً ولا المنع مما يضر بهم مما يطرقونه ولا يتقدر حريم القرية بالصيحة من كل جانب ولا فرق بين قرى المسلمين واهل الذمة ـ انتهى .

والحاصل : ان حريم القرية يعتبر فيه امران :

الاول : ان لا يكون بعيداً نادر الاحتياج مما لا يعد بالنسبة الى القرية من أحيى ومن سبق ولا ينوى وما اشبه .

الثاني : ان لايكون قريباً غير ضار كمرور القافلة ورعى النبت الزائد عن دوابهم فان أمثال ذلك لايعّد ضرراً ولاسبقاً واحياءاً مانعاً ونحوهما، ولذا اجازوا الشرب من الانهر والمشى في الموات اذا كان ملكاً مما لايضر ولا يعد منافياً

---

(١) المستدرك : ج ٤ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

لحق المالك ،كما ذكروه في باب الوضوء اذ أدلة الملك لا تشمل مثل هذه التصرفات .

ثم اذا كانت قريتان بينهما مرعى او أرض او ما اشبهكان لهما ذلك بالنسبة اذا كان احيائهما دفعة او لم يعلم بالسبق والتقارن وانما قلنا بالنسبة لان نسبة كل واحد الى ذلك الوسط يعد سبقاً له واحياءاً .

وبذلك يظهر انه لو كان بقدر حاجة كل كان له كل ذلك ، وان كان الوسط بقدرنصف حاجة كل كان له النصف، وهكذا ولو كان اختلاف فى كبر القرية وصغرها كان اللازم ملاحظة الاحتياج ونحوه لا الحجم مثلا : كانت قريتان متساويتان مساحة لكن في احدهما ألف انسان وفي الاخرى مأة، كان للاولى عشرة اضعاف ما للثانية ، وكذا اذا كان لاحدهما ألف شاة وللاخرى مأة، وان كانت النفوس متساوية .

واذا تبدل وضع القرية بأن كان لاحدهما نصف الاخرى نفوساً او حاجة فتساويتا بعد ذلك لم يتوسع حق التي زادت لان الاخرى قد سبق الى مايريد الثانية التوسع بالنسبة اليه[الا بالنسبة الى ما ذكرناه في ـ الفقه : الاقتصاد ـ من لزوم مراعات لكم ابتداءاً واستمرار فلا يحق لجماعة طرد الاخرين ، كما انه لايحق لجماعة سابقة البقاء على اكثر من حقهم اذا حدث جماعة آخرون لان ذلك مناف لقوله تعالى [لكم] و [للانام] وما اشبه فحال ذلك حال غرف المدرسة الموقوفة و قد تقدم الالماع الى ذلك في اوائل هذا الكتاب].

ثم ان الجواهر قال مازجاً مع الشرائع: ان كل ماذكرنا من ثبوت ذلك الحريم له انما يثبت له حريم اذا ابتكر فى الموات ، أما مايعمل في الاملاك المعمورة فلا، بلا خلاف أجده فيه ، كما عن الشيخ وابني ادريس وزهرة

الاعتراف به، بل في الكفاية نسبته الى الاصحاب مشعراً بالاجماع عليه ولعله لقاعدة تسلط الناس على أموالهم[1] وغيرها ولانها متعارضة باعتبار عدم أولوية أحدهما من الاخر به.

ولذاكان المشاهد فى البلدان عدم الحريم لاحدهم وان كان يمكن ان يكون لتساويهم في الاحياء اولغيره ـ انتهى.

ثم ان غير واحد من الفقهاء ذكر تسلط الانسان على التصرف في داره، وان اضر ذلك بالجار كالمحكي عن الشيخ، وفى القواعد صرح بأن لكل منهم التصرف فى ملكه بما شاء وان تضرر صاحبه وانه لاضمان عليه لو جعل ملكه بيت حداد، أوقصاب، أوحمام على خلاف العادة .

وعن التذكرة انه قال: والاقوى ان لارباب الاملاك التصرف في أملاكهم كيف شائوا، اذ لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه ولا ضمان ، ولكنه قد يكون فعل مكروهاً [وقد قال قبل ذلك] بدق الشيء في داره دقاً عنيفاً ينزعج منه حيطان الجار أوحبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة الى حيطان الجار أو اتخذ داره مدبغة أوحانوته مخبزة حيث لا يعتاد وكذا البحث فى اطالة البناء ومنع الشمس والقمر ـ انتهى.

وتبعه في الدروس، وفي المسالك الفرق بين مايضر حائط الجار فالمنع وبين حفر البالوعة التي تفسد بئر العين فالجواز .

وعن الرياض اتباع الاصحاب قال: وان كان الاحوط عدم الاضرار على الاطلاق، لكن في الكفاية الاشكال فى كل ذلك قال: يشكل هذا الحكم فى صورة

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

تضرر الجار تضرراً فاحشاً نظراً الى تضمن الاخبار نفى الضرر والاضرار.

وفى الجواهر التفصيل بين ما كان بفعله يتولد الضرر على الغير فالمنع وبين ما لوكان تصرفه فى ماله لا توليد فيه، وان حصل الضرر مقارناً لذلك فأنه لا يمنع قال : والمسألة لا اجماع فيها اجماعاً مطلقاً فلا مانع عن التفصيل.

أقول: الضرر المتوجه من جار الى جار على قسمين:

الاول : ماكان متعارفاً وعليه السيرة مثل بكاء الطفل المانع عن نوم الجار واخراج الروشن فى الطابق الثاني المطل على بيت الجار، في الطرف الاخر وسراية شيء قليل من النداوة من حديقة الجار وماشبه ذلك

وهذا القدر متعارف لا يشمله دليل لاضرر،[١] للانصراف عن مثله وكأنه من لوازم البلاد مثل التزاحم في الطريق ، ولانه متدارك بفوائد الجار من الامن واعطاء الحاجة والانس وما اشبه، ولانه مقابل بالمثل فأن هذا الجار يتأذى ببكاء طفل الجار وبالعكس وهكذا .

الثاني : الضرر الكثير غير المتعارف مثل ازعاج حيطان الجار وصدعه بسبب الدق العنيف وافسادماء بئره بسبب البالوعة وتبليل حيطانه كثيراًبسبب الحديقة وهذا القسم ممنوع بسبب دليل لاضرر غير المنصرف.

وقصة سمرة،[٢] وقول الامام الصادق عليه السلام : ان الجار كالنفس غير مضار ولا اثم،[٣] وروايات التوصية بالجار مما ظاهر بعضها الوجوب ينافي مثل تلك الاضرار.

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٩ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٠ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

أما القول بالجواز فقد عرفت انــه استدل له بالسلطنة ، كما استــدل لـه بسلطنة الانصارى على بستانه حيث سبب ضرر سمرة، وباصالة الجواز، وبأنه لولم يجز لم يصح لانسان ان يفتــح دكاناً الى جنب دكان آخر لانـه يوجب ضرره حيث ينقسم المشترون اليهمـا وذلك ضرر للاول مع انه جائز ضرورة وبأنه ماذا يصنــع صاحب الحديقة في داره والمحتاج الى البـالوعة ، والى الدق، والى الرحى المزعج، والى الدبغ ، والى المقصب للحيوانات، والى القصارة، والى غيرها، وبالسيرة علىوجود مثل هذه الاضرار في المدن، وفى الكل مالايخفى .

لانه يرد على الاول : ان دليل السلطنة محكوم بدليل لاضرر لانه ثانوي، ودليل السلطنة أولى، كما في كل دليل ثانوي حاكم على الدليلالاولى.

وعلى الثاني: ان دليل سلطنة الانصارى انما تقدم على دليل لاضرر بالنسبة الى سمرة لان بالنسبة الى الانصاري كان سلطنة ولاضرر ، وبالنسبة الى سمرة كان سلطنة فقط [لامـكانه تجنب الضرر مع سلطنته] فلمـا ابىالا عن الاضرار سقطت سلطنته، وتفصيل الكلام في ذلك ان للاضرر صور :

الاولى : ان يتعارض ضرران متساويان بالنسبةالى ثالث فان امكنالجمع جمــع والا تخير كما اذا جبره الحاكم ان يأخذ دينـاراً من هذا أو ذاك ، و امكنه ان يأخذ من كلواحد نصف دينار، أو لم يمكنه حيث يقسم بينهمافي الاول، ويتخير في الثاني، وكذا اذا اضطر ربان السفينة ان يلقى قدر ألفمن الاثاث في البحر لتخفيف السفينة .

ومنه يعلم لزوم اعمال قاعدة العدل مهما امكن فلو تمكن ان يأخذالدينار من أحدهما أو ثلاثة ارباع من أحدهمـا والربع من الاخر قدم الثاني لانه لا

اضطرار الى أخذ الربع الرابع من الاول .

فلا يقال : انه مضطر الى الاضرار بقدر دينار فاى فرق بين الامرين.

لانه يقال: قاعدة العدل عقلا وشرعاً تقتضى ذلك .

الثانية : ان يكون أحد الضررين اكثر فانه يقدم اقلهما كما اذا جبره بأن يقطع يد زيد أو اصبع عمرو فانه يقدم الثـاني، لانه لا اضطرار الى الاكثر و الضرورات تقدر بقدرها .

الثالثة : ان يتعاوض حرج[1] و ضرر[2]، ربما يقال بتقديم لاحرج وكانه لقصة سمرة حيث قدم لاحرج الانصارى على لاضرر سمرة، ولان الحرج وارد على النفس ولاضرر على الجسد والنفس الطف من الجسد، وفيهما ما لايخفى، فان سمرة كان مضاراً بعدم اذنه وحيث تعارض لاضرره ولاضرر الانصارى قدم الرسول صلى الله عليه وآله و سلم الثاني لان سمرة كان مصراً على الضرر لاالانصارى أما مسألة النفس والجسد فلا دليل على الترجيح بعد كونهما دليلين ثـانويين في عرض واحد فهما مثل ضررين على ما تقدم في الاولى .

الرابعة : أن يتعارض ضرر الانسان وضرر جاره متساوياً كما ان يدور الامر بين جفاف حديقته أو فساد سرداب جاره، واللازم تقديم ضرر النفس على ضرر الجار، لان ضرر الجار يمنعه لاضرر والظلم فيتقدم على لاضرر النفس بل هذا من مرتكزات العقلاء قبل بيان الشارع ولعل المشهور الذين ذهبوا الى جوازه لاحظوا الضرر القليل بالنسبة الى الجارلا الكثير، مع انك قدعرفت انالذين

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ١٠ الباب ٩ من أبواب الماء المضاف ح ١٠ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

ذكروا ذلك هم جماعة خالف بعضهم أيضاً في بعض الامثلة .

ولذا قال في محكى الكفاية يشكل هذا الحكم في صورة تضرر الجار تضرراً فاحشاً نظراً الى تضمن الاخبار نفى الضرر والاضرار وهو الحديث المعمول به بين الخاصة والعامة المستفيض بينهم خصوصاً ماتضمن من الاخبار المذكورة نفى الضرر الواقع في ملك المضار، ومنه يعلم ضعف قول الرياض: أما الاخبار الدالة على نفي الاضرار في ملك المضار فمع قصور سند بعضها وعدم مكافئته لما مضى يمكن حملها على ما اذا قصد المالك بالتصرف الاضرار دون رفع الحاجة، الى آخر كلامه مما لايخفى مواقع النظر فيه .

الخامسة: ان يتعارض ضرر الانسان و ضرر جاره مع كثرة ضرر الانسان كما اذا دار الأمر بين جفاف بستانه مما قيمته الف أو تبلل سرداب جاره مما قيمته عشرة ، فان جعل لاضرر امتناناً لايقدم الثاني بل يقدم الاول ، و ان كان مقتضى الجمع بين الحقين ضمان الضار بقدر ما اضر، ومما تقدم ظهر الاشكال في الوجوه الاربعة الاخر للقول بالجواز اذ الاصل لامجال له بعد وجود الدليل وفتح الدكان ليس اضراراً بخلاف مثل ازعاج الحيطان ونحوه، وصاحب الحديقة يفعل ما لايضر جاره ضرراً مساوياً أو أكثر .

والسيرة بالنسبة الى الاضرار الكثيرة معلومة العدم بل السيرة على المنع بسبب منع الدولة عن مثل تلك الاضرار، الا اذا كان الضار قوياً لايقدر المضرور على دفعه، وليس الكلام في ذلك بل في الحكم الشرعي .

ولعل كثيراً منهم اراد الاضرار القليلة المتعارفة ، اذا قد عرفت ان الضرر الكثير لايمكن ان يصحح بمثل دليل السلطنة ونحوها ، بل لعل عدم الحق في الضرر الكثير من الضروريات، ومن ذلك يعرف انه يحق للدولة المنع عن العمل

الموجب للضرر الكثير كما اذا كان دكان الخباز يوجب كثرة حرارة غرفة الجار مما يسقطه عن الانتفاع أو شبه ذلك، أو جعل المحل مدبغة يوجب الأمراض لجيرانه أو بناء الابنية الرفيعة يوجب حجب الهواء والنور ، أو نصب المعمل يوجب خراب حيطان الجار أو ازعاجهم بكثرة صوته أو ما اشبه ذلك، بل حتى من بناء المغتسل والحمام لانزعاج الجيران من المشيعين واصوات الباكين، وتأثير الرطوبة والحرارة المتزائدة في بيوت الجيران وكثرة الدخان المتصاعد من الاتون الى غير ذلك ، الا اذا كان بالقدر المتعارف سابقاً مما يلازم المدينة مع لزوم مراعات التقليل مهما امكن .

أمـا تأثير السيارات المارة في الشارع في حيطان ما في اطراف الشارع وازعاجهم بصوتها واثارتها التراب والغبار على اصحابها فان ذلك من الامور المتعارفة للدور الموجودة في اطراف الشوارع مثل اشباه ذلك في الزمان السابق بالنسبة الى الدواب والقوافل .

وعلى هذا فللدولة الاسلامية تحديد محل المعامل والمصانع والمطارات ومواقف السيارات وما اشبه ذلك وتحديد الامور الضارة الملازمة بتقليل اضرارها كالحمامات .

(مسألة -١٦-) قال في الشرائع لو احيى أرضاً وغرس في جانبها غرساً تبرز اغصانه الى المباح أو تسرى عروقه اليه لم يكن لغيره احيائه ، ولو حاول الاحياء كان للغارس منعه - انتهى .

وعلل الحكم فى الجواهر بكونه من الحريم التابع للملك الذى يرجع فى مثله الى العرف .

أقول: دليل من سبق[1] ومن أحيى[2] ولا يتوى[3] ولاضرر[4] يشمل بعض افراد المسألة اذ قد يحيى الانسان مكاناً فعلا وقد يكون بقوة قريبة وقد يكون بقوة بعيدة لكنها عرفية وقد يكون قوة بعيدة غير عرفية وفى الثلاث الاول .

يكون من الاحياء والسبق وتصرف الغير ثوياً وضرراً مشمول للاضرر .

فالاول : كما اذا بنى داراً .

والثاني: كما اذا شتل نخلا وبعد سنة أو ستة اشهر يمتد سعفه فبقدر مد السعف كان حريماً للشاتل .

والثالث : كما اذا سوى الارض يريد شتل النخل فاطراف تلك الارض تكون محياة بالقوة البعيدة .

أما الرابع : فكما اذا كانت له اغنام يكفى لها مقدار جريب في اطراف أرضه لكنها الى بعد عشر سنوات تكون قطيعاً كبيراً لايكفى لها الامقدار عشرة جريبات حيث لايصدق عليها من الان انه احياها أو سبق اليها، ولو شك فى القوة

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من نوادر الشهادات ح ٥ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

البعيدة العرفية وغير العرفية كان الأصل البقاء على الاباحة الاصلية ، ولذا الذي ذكرناه من الحريم في القوة القريبة أو البعيدة عرفاً :

قال في الجواهر : وان لم يكن بعد برزت الاغصان اوسرت العروق فان الاستعداد كاف بلاخلاف اجده بين من تعرض له ـ انتهى .

ومثل الاغصان في الحكم المذكور العروق لوحدة الملاك فيهما وكذلك بالنسبة الى مايضر الشجر ونحوه من الدخان والرائحة الكريهة وحجب الشمس والمطر وماأشبه اصدق السبق المانع من كل ذلك ، فلايحق لانسان أن يحفر سرداباً قرب ارض بستان الغير بحيث يكون مانعاً عن وصول العروق الموجب لموت أوضعف الشجر، أو أن ينصب معملا يؤذي اشجاره بالدخان أو بسبب الرائحة الكريهة المنبعثة من الدباغة، أوأن يرفع بناءاً الى جانبه بحيث يحجبه الشمس ولو ببعض الوقت مما يسبب موته أوضعفه، أويحجبه عن المطر لان مسير السحاب من ذلك الجانب، وكذا لايحق ايجاد الامطار الاصطناعية الضارة باشجاره أوتقليل السحاب الموجب لعدم المطر الضار به، لان كل ذلك خلاف أدلة السبق والاحياء وينطبق عليه دليل لايتوى[(١)] ولاضرر[(٢)].

ومماتقدم يظهر ان بعض التحديدات فى الروايات انما هو من باب الغالب مثل مارواه الصدوق، وقرب الاسناد، الاول مرسلا، والثاني عن ابي البختري، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: حريم النخلة طول سعفها[(٣)].

---

(١) الوسائل : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١٠ من أبواب احياء اللموات ح ٢ .

وروي الكافي والتهذيب، عن عقبة بن خالد: ان النبي صلى الله عليهوآله وسلم قضى في هوائرالنخل ان تكون النخلةوالنخلتان للرجل في حائطالاخر فيختلفون فيحقوق ذلك، فقضى فيها انلكل نخلة من اولئك من الارض مبلغ جريدة من جرائدها حين يعدها .[1]

وفي الجواهرالطبعة الجديدة [هوار] .

و قال الفاضل الاسترابادى فى النسخ فى هذا الموضع اختلاف فاحش ولم أقف على معنىصحيح لتلك الالفاظ، والظاهران هنا تصحيفاً، قال:المعلق على الوسائل بعد اننقل ذلك: ويحتمل كونه بالحاء، ويكونجمع حائربمعنى البستان ، وانما جمع على حوائر باعتبار تأنيثه معنى بتقدير الارض والغرض المكان المحيط بالنخل لارتفاق مالكها في اصلاح وقطف الثمر منها .

أقول : يسمى مكان الماء الواقف والشجرهوراً ، ولذا يقال في العراق ـ الى الان ـ فى مثل تلك الاماكن [الاهوار] أما اذا كان [حوائر] فهو جمع [حائر] اى المكان الذى يحير فيه المـاء ، لانخفاضه ومنه حائر الحسين عليه السلام ، فان البستان غالباً ينخفض ، لان الشجر يأخذ من التراب فيتحول الى جذع واغصان ونحوهما .

وكيف كان، فقد ظهربما تقدم الفرق في وجود الحريم وعدمه بالنية، فلو سطح أرضاً للعب مثلا ، لميكن لها حريم ، ولو سطح للمزرع كان لها حريم بقدر طول السعف ونحوه ، وذلك لعدم صدق السبق في الاول ، وصدقه في الثاني .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٨ الباب ١٧ من أبواب احياء الموات ح ١ .

وعليه فيختلف الحريم فلو أراد غرس اشجار طول اغصانها ذراع كان الحريم بقدر ذلك، ولو كان اغصانها اكثر أو أقل كان الحريم يتبع ذلك ، وقد تقدم ان طول السعف من باب المثال .

أما ما في الرواية الثانية، فتفصيل الكلام فيه ان بائع النخلة في بستانه قد يشترط كون الارض تحتها للبائع ، وقد يشترط كونها للمشتري وقد لايشترط شيء ـ ولا ارتكاز بشيء يكون كالشرط الضمني ـ ففي الاولين حسب الشرط وفي الثالث يكون الحريم لانه تابع ،كما ذكروا في توابع الدار ونحوها.

قال في الجواهر: وكذلك لو باع البستان واستثنى شجرة ، فأنه يتبع مدى اغصانها في الهواء والمدخل والمخرج وغيرهما من الحقوق التي تتبع الاطلاق المزبور ـ انتهى .

ثم انه اذا كان حريم لشجر في أرض موات ثم يبست الشجرة ، واعرض عن الارض مالكها، أوحصل الاعراض القهري، خرجت الارض عن حقه ، أما اذا لم يحصل أي من الامرين ولم يرد غرس اخرى مكانها، أو الاستفادة منها عملياً، وانما يريدها لنفسه فالكلام في انها هل تخرج عن حقه املا؟ هو الكلام الذي ذكرناه في من ترك الارض التي احياها و قد تقدم ان الاقرب انه لانسان آخر أن يحييها فراجع .

هذا كله مما لا غبار عليه ، وانما الكلام في ان الشجرة في البستان اذا كانت لانسان ، وكان حريمها متعلقاً به بعنوان انه حريم ثم يبست الشجرة و اقتلعت، فهل يبقى الحريم لمالكها فله ان يذهب كل يوم ليجلس هناك ، أو يزرع مكانها زرعاً أوماأشبه ذلك أو لا؟ المسألة تابعة لما ذكروه في الاستصحاب اذا سقطت المرتبة الشديدة كالوجوب والتحريم ، والسواد الشديد مثلا، ثم

شك في انه هل بقي الاستحباب والكراهة باعتبارهما مرتبة ضعيفة منهما ، أو هل بقي السواد الخفيف أم لا ؟ كما ذكروا في القسم الثالث من الاستصحاب الكلي ، اذ المقام لا شك في كون الحريم بالمعنى الذي يكون حال وجود الشجرة قد ذهب ويشك في بقاء حق ضعيف لمالك الشجرة ، فانه كما ذكروه في ان الشك في بقاء الكلي مستند الى احتمال وجود فرد آخر غير الفرد السابق المعلوم كونه أبان وجود الشجرة، والعرف يتسامح في عد هذا الفرد اللاحق مع الفرد السابق واحداً فتتم أركان الاستصحاب كالسواد الشديد الذي علم بارتفاعه وشك في بقاء سواد ضعيف وكثرة الشك المعلوم زوالها مع الشك في بقاء الشك القليل، والمايع المضاف الذي علم بزوال اضافته الشديدة وشك في بقاء مرتبة ضعيفة منها.

الى غيرها من الاعراض، كما مثل بها الشيخ في الرسائل، وكذا الوجوب و الاستحباب و الحرمة و الكراهة ، كما مثل بها الاخوند ، و قد اختلفا في الاستصحاب وعدمه حيث قال الشيخ بالاول: وتبعه النائيني [ره] وقال الاخوند بالعدم .

و لعل الاقرب في المقام الثاني اذا لم ير العرف بقاء الحق ، و ذلك لعدم تمامية أركان الاستصحاب ـ أما ما قرره المقرر للنائيني [ره] بأن تبادل المراتب لايوجب اختلاف الوجود والمهية لانحفاظ الوحدة النوعية مهية و وجوداً في جميع المراتب والتبادل انما يكون في الحد الذي يوجب تشخيص المرتبة و تميزها عما عداها و الافالمرتبة القوية واجدة للمرتبة الضعيفة مسلوبة الحد و التشخص الى آخر كلامه ، فلا يخفى ما فيه فان الكراهة مثلا غير التحريم فليس

التحريم مشتملا على الكراهة ، و كذلك السواد القوى مرتبة والضعيف مرتبة وليس الاول مشتملا على الثاني ، الى غيرهمـا من الامثلة ، و عليه فما ذكره الاخوند [ره] أقرب .

(مسألة ـ ١٧ ـ) اذا سبق الى مكان من البحر كان أحق به وصار له حريم بقدر احتياجه لصدق من سبق،[١] ولايتوى[٢] ومـا أشبه من غير فرق بين أن يكون سبقه لزرع البحر، حيث يزرع لاجل تكثير الاسماك، أوسبقه بايقاف سفينته هناك أو سبقه بالقاء شبكه فيه لاجل صيده ، أو سبقه بايقاف داره هناك ، حيث الدور المصنوعة من الخشب يتعارف جعلها في اماكن من البحر لاجل ضيق المكان في البر كمـا في بعض بلاد الهند وغيرها فيكون صـاحب الدار أحق بذلك المكان من البحر ويكون هناك الطريق بين الدور النافذة وغير النافذة، ويكون لتلك الطرق أحكام الطرق في اليابسة، ويحق لصاحب الداران يبادل مكان داره بمكان دار انسان آخر، أو يبيع ويهب ويصالح عن مكان داره فانه أحق به، و قدذكرنافي[كتاب البيع]صحة بيع الحق لاطلاق أدلته و كذلك يكون مكان الدار المنتقلة بالنسبة الى الدور المتحركة في اليابسة كما يتعارف الان في بعض البلاد لانه أحق بالمكان الواقف فيه من الموات .

أماتحت تلك الدور في البحر وفوقها فلهما أيضاً حريم ، كما ذكرناه في دور اليابسة ، و اذا أوقف انسان جسماً في وسط البحر و جعل عليه علامة أو مصباحاً لاجل هداية السفن صار أحق بذلك المـكان وله حق أخذ الاجرة من السفن لاجل هدايتها لاحترام عمل المسلم، و كذلك اذاجعل العلائم في الصحراء فيما لو كان السائر يستفيد من علائم البر والبحر، فانه حقه ، ولايتوى حق امرء مسلم ، والبيوت اذا صنعت تحت البحر، كما بنائهم ذلك الان يكون لهـا حق السبق وحق الحريم أيضاً .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نوارد الشهادات ح ٥ .

ويحق للانسان صنع الميناء على البحر لاستقبال السفن، ويكون له حريم أيضاً ، كما يحق للسفن النزول خارج الميناء، ولا حق لاحد على جبرها بالنزول على الميناء ، كما حق لهم اصلاحها خارج الحوض الجاف ، و لا حق لاحد جبرهم على اصلاحها في الحوض الجاف فقط .

ولو اجرى انسان تجاربه على الامساك والروبيان ـ أي جراد البحر ـ أو ما أشبه في مكان خاص من البحر لايحق لاحد مزاحمته اذا لم يكن أخذ أكثر من حقه ، كما ذكرنا في علم الاقتصاد من عدم حق لانسان في خارج اطار [لكم] ولو اصطدمت سفينتان فحكمه مذكور في [كتاب الديات] .

ولو انكسرت سفينة فألقى في المـاء متاعها فحكمه مذكور في [كتاب اللقطة] وقد أشرنا اليـه هنا الى ذلك بالمناسبة ، ولو صنع على سيف البحـر احواضاً لاجل تجفيف الماء ملحاً ، كما فى لبنان وغيره حق له ذلك، ولايحق لاحد مزاحمته فيما سبق اليه، ولافي حريمه، وكذلك اذا صنع احواضاً لاجل تبخير الماء لاصلاحه من الاملاح وبيعه أو صنع أحواضاً لاجل الاستفادة من سائر مايخلط ماء البحر، أو أحواضاً شبكة لاصطياد السمك، وكذلك اذا جعل المعامل على سيف البحر لاجل الاستفادة من املاح البحر، أوشلالاته في توليد الكهرباء، أو اشغال المعامل أو نحو ذلك، والجرف القاري للبحار في القوانين الحديثة لا اعتبار بها الا اذا صدق عليه من سبق ومن أحيى ، أو كان في خلافه ضرر أوصدق عليه انه توى حق المسلم .

نعم، يحق للدولة الاسلامية جعل الجرف بما لايضر الاخرين بسبق ونحوه ثم تمنع الدولة الكافرة من ارتياد ذلك ، كما يحق لها المنع عن التصوير للسفن ونحوها اذا كان في ذلك ضرر، وكذلك بالنسبة الى المطارات ومعامل الاسلحة

والجيوش وماأشبه فللدولة المنع عن تصويرها اذا كان في ذلك ضرر، واذاعدت الصورة حقاً للانسان حق له المنع عن تصويره أو تصوير داره أو ولده أوماأشبه كماان ذلك حق قطعاً في تصويره عارياً ونحو ذلك، فله حق اتلاف تلك الصورة والمسألة فى الصورة طويلة الذيل، ويحق للانسان ان يأخذ الاسماك بالسفينة كما يحق له صيدها بالشبكة ونحوها .

نعم ، انما يحق له ذلك فى اطار [لكم] ولايحق للدولة الاسلامية المنع الامع المصلحة فيكون ذلك من باب الاهم والمهم، والاضطرار ـ ومن الواضح ان الضرورات تقدر بقدرها ـ فاذا منعت الدولة بعض انواع الاصطياد ، لان ذلك يضر بالمصلحة العامة، حيث هي أوقات تكثير السمك ، فاذا اصطيد قلت مما يؤثر على أرزاق الناس جاز لها ذلك، ولايحق للدولة أو الفرد المنع عن مرور السفن، الا اذا كان له حق السبق ، أو كان المرور ضاراً بالمصلحة العامة أوماأشبه ذلك، ومكان الغواصة فى داخل الماء لها ولها حريم أيضاً كما في السفينة على سطح الماء، وافراغ المياه القذرة في البحر ان ضر منع والالم يمنع، سواء كان ضرراً بالماء أوباسماكه أو ماأشبه ، وذلك لدليل لاضرر ، وكذلك افراغ فضول المعامل ممايسبب التلويث ،كما لايجوز تلويث البيئة بما يضر الانسان أوالحيوان، وللدولة المنع عن ذلك ، واذا اضطرت للمنع عن البرىء لمكان السقيم حق لها ذلك .

لكن ان علم من الذي تضرر تداركته من بيت المال والا كان هدراً، مثلا: كان هناك حليبان في أوقات" الوباء أحدهما اصابه الوباء دون الاخر واشتبها، فانه يحق للدولة سكبهما وافنائهما وتعطى قيمة الصالح منهما ـ المجهول انه لاي من الصاحبين لهما بالتناصف، أو بالنسبة ـ فيما كان حليب أحدهما مناً وحليب الاخر نصف من، وذلك لقاعدة العدل .

أما اذا علمت بعـد ذلك ان الصالح لزيد اعطاه قيمته جمعاً بين الحقين ، حق حفظ الصحة العامة الواجب، وحق صاحب الحليب الصالح ،كماذكروا في أكل المخمصة .

أما اذا لم تعلم الدولة ان ايها صالح فالظاهر عدم الضمان، كما اذاكان في أيام الوباء ، حيث ان بعض الحليب يصيبـه الوباء فيوجب شربه ونحوه الموت ، فانه يحق للدولة، أي يجب عليها سكب كل حليب وجدته ولاضمان، حيث انه من الشبهة غير المحصورة بعد لزوم السكب بدليل لاضرر، فانه يشمل العامة ، كمايشمل الافراد في موارد خاصة، ولذا يحق ذلك للافراد ايضاً مع اجتماع شرائط دفع المنكر أو النهي عنه، ولايحق لسفينة انتوجب ازعاج سفينةاخرى بتحريك الماء ممايسبب ذلك، ولذا يحق للدولة تحديدالمسار في البحر وتحديد درجة السيرونحو ذلك كتحديد وقت السيرلتجنيب اوقات الضرر والخوف ، كما لهـا التحديد بالنسبة الى المرور في اليابسة، سواء بالنسبة الى السيارات أو غيرها .

وايضاً يحق للدولةالمنع عن تلويث البحربالنفط وماأشبه، ويحق للانسان توسيع البحروتضييقه أمام داره أو نحو ذلك مع عدم الاضراربالاخرين وفى اطار[لكم]لاطلاق أومناط من سبق ومن أحيي ولاضرر ولايتوى ولايحق لاحد ان يلقي السم فى الماء ممايضر الاخرين، أو يضربالحيوانات، لانه افساد .

قال سبحانه : « ظهرالفساد فى البروالبحر بماكسبت أيدى الناس»[1] ولان اضرار الحيوان بلاجهة عقلائيـة مشمول لدليل لاضرر ، وهـل يحق لانسان قتل حيوان ندر وجوده ، وان كان يريد صرفه فى الحلال فى البحر أو البر أو الجو، لايبعد العدم ، لانه نوع افساد عرفاً، فيشمله الدليل ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التتبع والتأمل .

---

(١) سورة الروم : الآية/٤١ .

(مسألة ـ ١٨ ـ) لو امتدت جذور زرع انسان الى عين غيره وشرب الماء باختيار صاحب الجذر كان عليه ماخسر صاحب الماء لانه اتلف ماله فعليه بدله والجذر لصاحبه .

اما اذا نمى الجذر بسبب الماء ، فالظاهر اشتراكهما بالنسبة ، أي ان اهل الخبرة يعينون كم من هذا الجذر لصاحبه ؟ وكم منه لصاحب الماء؟ لان ذلك مثل ماذا أكلت شاة زيد عشب عمرو، فان لم تنم كان على صاحب الشاة تدارك ماأكلته شاته اذا كان الأكل بسببه، وان نمت اشترك صاحب العشب مع صاحب الكلاء في الشاة كل بقدره لدي المقومين والخبراء ، ولذا ذكرنا في [كتاب المزارعة] لو اشترك خمسة في الزرع فكان من احدهم الأرض ، ومن الثاني البذر، ومن الثالث الماء، ومن الرابع العمل، ومن الخامس العوامل، اشترك الكل كل بقدره مما يعينه الخبراء ، ولو امتدت الجذور الى بستان الغير فنمت وصارت شجرة، فالكلام في ذلك في أربع مسائل :

الاولى : الظاهر ان الشجرة تكون لكليهما لانها حاصلة من الجذور ومن الارض فلاوجه لما اشتهر بينهم من ان الزرع للزارع ولو كان غاصباً وتمثيل بعضهم بماذا افرخ بيضته تحت دجاجة غيره، حيث لايشترك صاحب الدجاجة مع صاحب البيضة، وانما لصاحبها الاجرة اذاكان لمثل ذلك أجرة عرفاً، غير تام، اذ الفرخ ليس حاصل الدجاجة والبيضة بينما الزرع حاصل البذر والارض ولذا لوكان الماء لثالث كان هو شريكا ايضاً بقدره .

الثانية : اذا لم يكن امتداد الجذر بعلم صاحب الجذر وعمده وكان ماحصله

من الشركة في الشجرة ليس اقل من حقـه [عند تقسيم الشجرة بين صاحب الجذر، وصاحب الارض] لم تكن على صاحب الجذر اجرة لصاحب الارض بعـدم امره بالزرع وعدم استفادته من مال غيره ، والمفروض ان مايحصله في الشركة بقدر حقه .

لايقال : فمن حق صار جذره بعض شجرة ، أليس ذلك من حق صاحب الارض ؟

لانه يقال : وكذلك حصل صاحب الارض على بعض الشجرة مـن وراء جذر صاحبها فهو قد أخذ شيئاً من التراب وأعطى شيئاً من الجذر وليس لصاحب الارض حقان حتى يكون له أجرة وبعض الشجرة .

أما اذا كان بعلم صاحب الجذر وعمده وكان ماحصله صاحب الارض أقل مـن حقه فلصاحب الارض على صاحب الجـذر التفاوت بين ماحصله صاحب الارض مـن الشجرة وبين الاجرة ، مثلا : الشجرة كانت تسوى ديناراً ، وقال الخبير : ان نصفها لصاحب الارض، وكانت اجرة الارض ثلاثة ارباع الدينار فان الواجب على صاحب الجذر أعطاء ربع دينار لصاحب الارض، لان صاحب الجذر بعمده فـوت على صاحب الارض ثلاثة أرباع الدينار ، وحيث حصل صاحب الارض على نصف دينار من الشجرة بقي له ربع دينار ، ومن الواضح انه يتفاوت حق الارض وحق الجذر فربما تكون الأرض غالية ممالايكفى قدر حصته من الشجرة باجرتها ، وربما تكون الارض رخيصة حتى ان بعض الشجرة الذي يحصله صاحب الارض يكون أكثر من قيمة اجرة أرضه .

الثالثة : هل لصاحب الارض قلع الشجرة مطلقاً ، سواء كان صاحب الجذر عالماً عامداً أم لا ؟ أم ليس لـه القلع الا في بعض الصور، ربما يحتمل الاول

لقاعدة السلطنة ،[١] ولخبر سمرة ، وللنبوي صلى الله عليه وآله وسلم : ليس لعرق ظالم حق .[٢]

وللمروى عن أمير المؤمنين عليه السلام : الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها .[٣] لكن في الكل مالايخفى .

أما الاول : فلان قاعدة السلطنة لاتقتضي اضرار الغير ، خصوصاً اذا كان جاهلا ، فلو بنى البناء خشب الغير جهلا في دار زيد ، فهل يحق لذلك الغير هدم البناء لاخذ خشبه ؟ بل الظاهر ان له القيمة جمعاً بين الحقين ، وكذلك اذا كان البانى هو نفس صاحب الدار بأن أخذ خشبة الغير عالماً عامداً ، فان العصيان لايستلزم الاضرار فان دليل لاضرر شامل حتى لصورة العصيان خصوصاً اذا كان الضرر كثيراً ، كما اذا كانت الخشبة تسوى عشرة والدار التى تهدم بسببها تسوى ألفاً .

وأما الثاني : فلان قصة سمرة[٤] كانت احراجاً للانصارى فكان هناك ضرر سمرة وحرج الانصارى فيتساقطان فتقدم سلطنة الانصارى حيث ان الاحراج كان متوجهاً الى الانصارى بسبب سمرة فلادلالة فى القصة على اطلاق لاضرار بمجرد علم وعمد صاحب الجذر ، ويؤيد ذلك ان النبى صلى الله عليه وآله و سلم أراد ان يشترى أولا الشجرة فتأمل .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٤ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

وأماالثالث : فلانالحديث قديقرء بالوصف [لعرقظالم] وقديقرء بالاضافة [لعرق ظالم][1] .

فعلى الاول : يكون المعنى لعرق تعدى حـده ، اذ العرق لايكون ظالماً [الااذا اريد به الوصف بحال متعلق الموصوف مجازاً] .

وعلى الثاني: يكون المعنى لعرقانسان ظالم ، فاذا قرء بالوصف ولميكن صاحب الجذرعالماً لم يشمل النبوى المقام، حتى يعطى الحقلصاحب الارض بقلع شجرة صاحب الجذر، وحيث يحتمل فى الحديث الوصف والاضافة لم يكن الحديث دليلا على جواز القلع فى حال جهل صاحب الجذر .

أما اذاكان صاحب الجذرعالماً عامداً ، فالحديث يعطي جواز قلع شجره سواء قرء وصفاً أواضافة ، وعلى هذا فليس لصاحب الارض الاالقلع فيصورة العلم والعمدمنصاحب الجذرمععدم كونه ضرراً بالغأعليه لماذكرناه فيمسألة بناء الخشبة ، وتفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الغصب] .

وأما الرابع: فلانالعلوي عليهالسلامظاهرفي قضية طبيعية ، أي ان الحجر يسبب الخراب ، لاان صاحب الحجر له الحق في التخريب مطلقاً ، ولو كان البناء علىحجره عن غيرعلم وعمد ،أوكان عنعلم وعمد ، لكن كانالتخريب موجباً لاضراركثيرة لصاحب البناء .

وعليه، فلا يقال: ان ظاهر الروايات كونـها احكاماً لابيان قضايا خارجية وانما لايقال : لان هذا الظاهر متبع الا فيما اذا كان الظهور العرفي للفظ انه قضية خارجية، مثل: [قيمةكل امرء مايحسنه] وما أشبه ذلك.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ١ .

واذ قد عرفت الكلام في الجذور نقول : الكلام في الاغصان وفي نفس الشجرة ـ اذا انحرفت فأخترقت بستان الجار أوداره ـ كذلك ، سواء كانت الاغصان أوجبت الظل لدار الغير مما يضره (أما اذا لم يكن يضره الظل ولم يكن الغصن دخل داره وبستانه لم يكن له حق القلع، لان الظل بمجرده ليس خلاف دليل لاضرر[١]، ولا دليل السلطنة[٢]) أو كانت الاغصان زاحمت داره ، أو بستانه أوطريقه بأخذها بعض هذه الامور فانها تنافي قاعدة السلطنة وانها ضارة حينئذ ، أو كانت الاغصان سبباً لصعود الاطفال عليها والاشراف على داره و اهله مثلا ، الى غير ذلك من أنواع الاضرار والمنافاة للسلطنة فدليلهما يعطي المتضرر حق قطعها.

وعلى هذا ، فالاغصان على أربعة أقسام : لانها أما خلاف السلطنة ، وان لم تضر ، كما اذا كانت ذات ظل مطلوب على دار الجيران ، لكن الجار لا يريدها، فان له حق قطعهالقاعدة السلطنة، وأما خلاف دليل لاضرر[٣] وان لم تكن خلاف السلطنة ، كما اذاكانت الرياح تهب فتوسخ داره من أوراق الاغصان، وان لم تكن مطلة على داره فان لاضرر الجار يعطي له حق قطع تلك الاغصان واما انها ليست ضارة بنفسها ولا خلاف السلطنة ، وانما يستغلها اللص للقفز في داره أوالاطفال يرمونها لاجل ثمرها فتأتي الاحجار الى داره ، فان له حق قطعها باعتبار ان الضرر متوجه اليه بسببها والحكم الضرري غير مجعول شرعاً

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .
(٢) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح

سواء قلنا بأن لاضرر متوجه الى عقد الوضع كما يقوله الاخوند [ره] أو الى عقد الحمل كما يقوله النائيني [ره] .

فعلى الاول: الوضوء ضروري فهو مرفوع.

وعلى الثاني: الوجوب ضرري على الوضوء فهو مرفوع، اذ النتيجة في مثل المقام واحد فيهما.

ثم ان كانت الاغصان سببت ظل الارض زائداً على قدر حريم الاشجار فجاء انسان وزرع في ذلك الظل مما يسبب قطع الاغصان تضرر الزرع بالشمس ونحوها، هل لصاحبها قطعها ؟ الظاهر ذلك، اذ الناس مسلطون شامل لصاحب الاغصان الا اذا كان ضرراً بالغاً علم من الشرع عدم ارادته، فاللازم الجمع بين الحقين بقدر الامكان ، ومثله ماذا ذهب رئيس الشرطة من هذه المحلة صارت معرضاً لسرقة اللصوص دورها، حيث لا يوجب ذلك بقاء رئيس الشرطة اذ الناس مسلطون.(١) نعم اذا كان قلع الاغصان بنفسه موجباً لضرر الجار لان القلع يكون بآلة توجب تحطم حيطان الجار كما في هدم الدار بالمعول الذي يوجب تحطم دار الجار لم يجز ذلك لان عمل القالع سبب ذلك فاللازم تحمله ضرره جمعاً بين الحقين و لذا لم يكن بأس بهدم الانسان حائطه المتوسط بين داره ودار جاره مما يوجب كشف دار الجار لاهالي هذه الدار ، فانه لا يؤمر بعدم الهدم لانه ضرر على جاره، بل على جاره أن يضع ستراً لحفظ داره عن اعين الاجنبي، والله سبحانه العالم .

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(مسألة ـ ١٩ ـ) لااشكال ولا خلاف في ان من شرائط الاحياء ان لايسميه الشرع مشعراً للعبادة كعرفة ومنى والمشعر وما أشبهه كما ذكره الفاضلان و الشهيدان وغيرهم.

قال في الشرائع: فأن الشرع دل على اختصاصها موطناً للعبادة.

وقال في الجواهر: بل هي أعظم من الوقف الذي يتعلق به حق الموقوف عليهم بجريان الصيغة من الواقف.

أقول: قد استدل لذلك بلا ضرر،[1] ولا يتوى،[2] والضرورة،[3] ولانه خلاف تعظيم شعائر الله .

قال في مفتاح الكرامة: عدم جواز احياء هذه المواضع كلها أوالكثير منها كأنه من ضروريات الدين وان لم يذكر ذلك أكثر المتقدمين .

أقول : هذه الادلة تدل على المنع مع المزاحمة دون غيرها ، و لذا قال في الشرائع : فالتعرض لتملكها تفويت لتلك المصلحة ، أما لو عمر فيها ما لايضر ولايؤدى الى ضيقها عما يحتاج اليه المتعبدون كاليسير لم أمنع منه ، و ان أشكل عليه الجواهر بانه غريب كاد يكون كالمنافي الضروري، بل فتح هذا الباب فيها يؤدي الى اخراجها عن وضعها ـ انتهى .

وظاهر القواعد المنع عن ذلك، لانه قال:وان كان يسيراً لايمنع المتعبدين ووافقه التحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد والروضة ، كما نقل عن بعضهم خلافاً لاخرين ، حيث وافقوا الشرائع ، و لذا نسب قول العلامة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

(٣) انظر : كشف الخفاء ج ٢ ص ٣٥ رقم ١٦٤٠ .

محكى المسالك بانه الاشهر والكفاية بانه المشهور ، وعن التذكرة والمفاتيح عدم الترجيح .

أقول : مقتضى القاعدة ما ذكره الشرائع و اتباعه ، اذ لادليل على أكثر من ذلك ، فالاصل الجواز فانه لاضرر في ذلك على المسلمين ، و لم يتوحق امرء مسلم [1] ولاضرورة ولااجماع ، وليس خلاف تعظيم شعائر الله، ولم يدل الشرع على المنع عن ذلك .

وعليه ، فـاذا صنع بيتاً سياراً أو قفه هناك ، ثم أيـام الحج يخرجه الى الخارج كان جـائزاً ، ولاحق لغيره في ان يزحزح بيته لانه سبق الى ذلك ، كما ان في أيام الحج لووقف هناك تحت خباءاونحوه لم يحق لاحدمزاحمته .

ثم هل يمنع صنع البيوت هنـاك بدون مزاحمة الحجاج ، فاذا أرادوا الوقوف وقفوا ؟ احتمالان، لم نستبعد الاول في كتاب: [لكي يستوعب الحج عشرة ملايين] .

أما لو زاحم صاحب البيت سقط حقه لتقدم حق الحاج .

وبذلك يظهر ، ضعف ما عن الحواشي حيث قال : و على هذا القول لو عمد بعض الحاج فوقف به من غير اذنه فقد قيل انه لايجوز للنهي عن التصرف في ملك الغير ، لان الفرض انه يملك وهو مفسد للعبـادة التي هي عبارة عن الكون ومن ضرورياته المكان .

قال في مفتاح الكرامة : هذا خيرة الحواشيء ، وربما قيل بالجوازجمعاً بين حق الناسك في وقت الوقوف وحق المالك في غيره .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

أقول : وقد عرفت ان مقتضى القاعدة الثاني .

ثم ان احياء فوق المشعر وتحته وجوانبه لابأس به اذا لم يكن مزاحماً،فلا يصح احياء طريق المشاعر و لا اطرافها حيث اذا كثر الزوار وقفوا في تلك الجوانب ، كما دل عليه النص بالاضافة الى مطلقات أدلة الحريم، و الى أدلة الطريق بالنسبة الى طرقها ، وهل يصح الاحياء لنفس المشعر مثل المراحيض ونحوها ؟ الظاهر الجواز ، لانه لادليل على المنع فالاصل الصحة .

ثم انه يدل على الوقوف اطراف المشاعر اذا كثر الناس، ماروا سماعة قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام : اذا كثر الناس بمنى وضاقت عليهم كيف يصنعون ؟ فقال عليه السلام : يرتفعون الى وادي محسر ، قلت : فاذا كثروا بجمع وضاقت عليهم كيف يصنعون؟ فقال عليه السلام: يرتفعون الى المأزمين قلت: فاذا كانوا بالموقف و كثروا وضاق عليهم كيف يصنعون؟ فقال: يرتفعون الى الجبل يقفون في ميسرة الجبل فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقف بعرفات فجعل الناس يبتدرون اخفاف ناقته يقفون الى جانبها فنحاها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ففعلوا مثل ذلك،فقال : أيها الناس انه ليس موضع اخفاف ناقتي بالموقف ، و لكن هذا كله موقف ، و أشار بيده الى الموقف وقال : هذا كله موقف فتفرق الناس وفعل ذلك بالمزدلفة .[1]

ثم انه لو صار مكان مشعراً ، فالظاهر انه لم يكن له حكم تلك المشاعر، كما اذا صار اطراف مرقد امام، أو ولد امام عظيم الشأن مشعراً كما في اطراف السيد محمد عليه السلام في قرب سامراء بأن كان الناس يأتون اليه كل سنة

---

(١) الوسائل : ج ١٠ ص ١٣ الباب ١١ احرام الاحج ح ٤ .

ويبقون هناك بمايزاحمهم الاحياء وذلك للاصل.

نعم اذا رأى العرف ان المسلمين بعمومهم صار لهم حق منع عن ذلك لدليل من سبق،[1] ولا يتوى[2] والمناط في أدلة الطريق، فأنه وان كان مسلوكاً في بعض الاوقات لم يحق لاحد احيائه بما يزاحم المارة لاطلاق أدلته.

أما احياء المواقيت، ومثل الحزورة [على وزن قسورة: بالحاء المهملة، والزاء المعجمة] فالظاهر عدم البأس، وكذلك المواضع المستحبة المرور فيها كما يوجد في أطراف المواقيت الا اذا كان سبق أومناط أوماأشبه .

ومما تقدم يعلم، حال غرس الاشجار، مثلا : في المواقف بما لا يزاحم الحجاج أوشبه الغرس، والله سبحانه العالم.

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٩٩ الباب ٥ ح ٣ .

(مسألة ـ ٢٠ ـ) من شرائط الاحياء ان لايكون مما أقطعه النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أو الامام عليه السلام لاحد ، فلو اقطع لم يجز لغير المقطع له التصرف فيه بالاحياء أوغيره لانه بالاقطاع صار ملكه.

قال في مفتاح الكرامة : قد صرح بان عدمه شرط ، أو انه سبب في الاختصاص أو انه مانع في المبسوط والمهذب والوسيلة وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير و الارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد و المسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ، وفي الجواهر الذي لا خلاف ان له ذلك، كما عن المبسوط ، بل ولا اشكال ضرورة كون الموات من ماله الذي هو مسلط عليه مع انه اولى بالمؤمنين من أنفسهم.[1]

أقول : لعلهم ذكروا اسم الامام دون الرسول صلى الله عليه وآله وسلم باعتبار أن الفقهاء هم نواب الامام والا فالاصل في المسألة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ، واستدلوا الذلك بفعله صلى الله عليه وآله وسلم، وقد روى فعله بالاقطاع العامة والخاصة في كتب الفتاوى فلاداعي لما ذكره بعض حواشي الجواهر من نقل روايات اقطاعه عن العامة كنيل الأوطار وسنن البيهقي و الشرح الكبير لابن قدامه ، فان مجرد عدم وجود رواية في كتب الحديث الموجودة لايضر بعد وجودها في كتب الفتاوى المعتمدة مع كثرة ذلك، وفقد بعض كتب رواياتنا كمدينة العلم وغيره .

وكيف كان، فلم ينقل اقطاع عن الائمة عليهم السلام وانما المنقول اقطاع

---

(١) سورة الأحزاب : الآية/٦ .

الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فقط، أما انهم عليهم السلام اذا اقطعوا نفذ فقد استدل له بأمور:

الأول: انهم اولى بالمؤمنين من أنفسهم وأموالهم[١]، فلهم حق هبة الاموال فكيف بما ليس مالا لاحد.

الثاني: ان الارض كلها ملكهم[٢]، كما في روايات متواترة ذكرنا بعضهافي الانفال.

الثالث: الاجماع المدعى الذي لم يظهر له مخالف.

الرابع: فعله صلى الله عليه وآله وسلم فقد اقطع النبي صلى الله عليه و آله وسلم عبد الله بن مسعود الدور، وهي اسم موضع بالمدينة بين ظهراني عمارة الانصار، ويقال: المعنى انه اقطعه ذلك ليتخذها دوراً وأقطع وابل بن حجر أرضاً بحضرموت[٣] [بضم الميم] وهو واد دون اليمن أرسل الله فيه سيلا على اناس من أهل الفيل افلتوا من طير ابابيل فهلكوا فسمى حضرموت حين ماتوا فيه، وفيه بئر يقال لها برهوت ترد هاهام الكفار، وقد ورد بذلك الاخبار واقطع عباس بن عبد المطلب أرضاً قبل فتحها فلما فتحت اعطاهاالخليفة.

وروي التستري في أربعينه، عن السدى بنقل ابني طاوس في الطرائف و العين في تفسير ويقولون آمنا بالله وبالرسول الاية[٤]: انما نزلت في عثمان بن

---

(١) سورة الأحزاب: الآية/٦-
(٢) الوسائل: ج ٦ ص ٣٧٣ الباب ٢ من الأنفال.
(٣) سنن البيهقي: ج ٦ ص ١٤٤.
(٤) سورة النور: الآية/٤٧.

عفان لما فتح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بني النضير قال عثمان لعلي عليه السلام: أنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأسأله أرض كذا وكذا فأن اعطاكها فأنا شريكك فيها وآتيه انا فأسأله اياها، فان اعطانيها فانت شريكي فيها فسأله عثمان فأعطاه صلى الله عليه وآله وسلم اياها، فقال له علي: فأشركني فأبى عثمان الشركة، فقال عليه السلام: بيني وبينك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأبى أن يخاصمه الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فنزلت فيه الايات فلما بلغ عثمان مانزل أقر لعلي عليه السلام بالحق وشركه في الارض[1].

واقطع الزبير حضر فرسه [بضم الحاء] أي عدوه فأجرى فرسه حتى وقف فرسه فرمى بسوطه طلباً للزيادة ، فقال صلى الله عليه وآله و سلم: اعطوه من حيث بلغ السوط[2] رواه غير واحد من الفقهاء ، وكذلك رواه غوالي اللئالي، واقطع بلال بن الحارث العقيق وهو واد بظاهر المدينة .

ثم الظاهر ان لنائب الامام عليه السلام ايضاً حق الاقطاع لعموم دليل النيابه على ما ذكرناه في كتابي: [الاجتهاد والتقليد ، والحكم في الاسلام] كما ان الظاهر ان المقطع له يملك ما أقطعه النبي والامام عليهم الصلاة والسلام، لان الملك هو الظاهر من الاقطاع بدون القرينة.

ومنه يعلم، وجه النظر فيما ذكره الشرائع والقواعد من انه يفيد اختصاصاً مانعاً من المزاحمة وقد نقل هذا عن الوسيلة وجملة من كتب العلامة والشهيدين والمحقق الثاني.

قال في مفتاح الكرامة : وقال في المبسوط صار أحق به بلا خلاف ، أي

---

(١) الطرائف : ص ٤٩٣ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٤ .

بين المسلمين ، ثم ان قام بعمارته فهووالا فكما سبق فى التحجير ـ انتهى.

أقول: ولعل الشيخ أراد الاحقية الملكية لا مرتبة دون الملك فهومثل قوله عليه السلام: من احيى أرضاً فهو احق به.

وكيف كان، فأقطاع الامام كاف فى الملكية ، وان لم يحيه المقطع له ولم يحجره كما ذكره غير واحد من الفقهاء ، والظاهر ان للمقطع له اجراء كل أقسام المعاملة عليه، لانه صار ملكه بالاقطاع ، الا اذا شرط الامام أو نائبه عليه الاحياء، فاذا خالف الشرط لم يملك.

أما ماحكي عن عمرمن انه لما ولي قال لبلال بن حارث: مااقطعت العقيق لتحجبه فأقطعه الناس[1]، فلا حجية فيه.

قال في الجواهر: وكم له مثله من أخذ فدك ونحوها[2] .

ثم ان المقطع له اذا مات ورثه وارثه حسب الارث سواء احياه ، أولا لاطلاق أدلة الارث ، وحال ماينبع من الماء وينبت من العشب وما أشبه فى المقطع حال ماينبت وينبع فى الملك لانه تبع عرفاً والشارع لم يردع عنه، والزوجة لاترث منها لاطلاق أدلته.

ثم أنه قبل التعمير الظاهر انه يحق للناس التصرف فيه بما لايزاحم حق المقطع له، كما ذكرناه فى الحريم اذ الدليل لايدل على أكثر من عدم مزاحمته ولولم يحيه المقطع له بقى على ملكه، كما ذكره غير واحد، اذ لا دليل على خروجه عن الملك اذا لم يحيه ولم يحجره ، والظاهر ان للامام ونائبه اقطاع

---

(١) رواه ابن قدامة في ذيل المغني : ج ٦ ص ١٤٩ .

(٢) في الجواهر : ج ٣٨ ص ٥٥ احياء الموات ح

غير الارض من سائر ما لامالك له كالبحر والغابة وغيرهما ، خصوصاً ماذكروه في الانفال، وقد ذكرناه في [الفقه: كتابي الخمس، والاقتصاد] لان أدلة جواز الاقطاع شاملة لكل ذلك، ولو عرفت المكانات التـي اقطعها صلى الله عليه و آله وسلم لاولئك الناس في الحال الحاضر فان كانت عامرة ولها أرباب اجريت اصالة الصحة في يدهم فيحق لهم كل انواع التصرف فيها ناقلة أوغير ناقلة.

ولوكانت مواتاً حق لكل انسان احيائه ، لاطلاق من احيى [1] ، ومن سبق [2] ، بعد حصول الاعراض عنها ولو قهرياً ، وقد سبق ان لاصحاب المقطعات كل أنواع التصرف ، فكما ان هبتهم لهـا تفيد الملك كذلك اعراضهم عنها يفيـد الخروج عن الملك، ولو اقطع نائب الامام انساناً أرضاً، فهل يحق له الرجوع فيه قبل الاحياء ـ مع وضوح عدم حقه بعد الاحياء لصدق من احيى ونحوه ـ الظاهر ان له ذلك لاطلاق أدلة النيابة .

ومنه يعلم، حال النائب بعد النائب الاول، حيث له الاسترجاع، وقد تقدم شبه هذه المسألة في ابطال النائب الثاني ايجار النائب الاول .

قال في القواعد : وليس للامام اقطاع مالايجوز احيائه كالمعادن الظاهرة على اشكال .

أقول: مراده نائب الامام، والا فامام الاصل له كل الارض كما في الروايات فله ان يقطع ماشاء منها .

ثم ان الاصل في الاقطاع أن يعطى الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أو

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

غيره أرضاً لغيره لاجل اغنائه أولاجل تعمير الارض حيث انه قادر على تعميرها بينما اذا لم يعط بقيت مواتاً وذلك لان الاسلام ـ بصورة خاصة ـ اهتم بعمارة الأرض وزراعتها من ناحية واهتم بعدم الفراغ عند الناس من ناحية ثانية اذعدم زراعة الارض وعمارتها يؤدى الى جوع الناس ومسكنتهم ، كما ان الفراغ يوجب الفساد والطغيان، والبطالة في الانسان آفة من أشد الافات .

ثم من ناحية اخرى حرم الاسلام الرأسمالية الاستغلالية ـ كما ذكرنا تفصيله في [الفقه: الاقتصاد] ـ فلايؤدى الاقطاع المشروع الى ذلك، فان الاسلام يقف دون الاجحاف، ودون لوازم الرأسمالية التى تؤدى الى فساد المجتمع، ولذا يسأل الانسان يوم القيامة: عن ماله من أين اكتسبه، وفيم أنفقه. الى آخر ماذكرنا من تفصيله هناك ، وحيث ان الاسلام يوزع المال ارثاً ، لا ان يورث الولد الاكبر فقط ، كما في بعض القوانين تنفتت الثروة فلاتبقى بكثرة توجب حرمان طائفة وطغيان طائفة ، ولذا لم يعرف المسلمون الاقطاعيات الكبيرة مماعرفها الرأسمالية من القديم والى الان .

ثم لوفرض اقطاع الحاكم الشرعي فاحتاج الناس الى الارض لكثرتهم حق له الاسترجاع لبعض الارض بالمال جمعاً بين الحقين فيكون حينئذ كاكل المخمصة، وان كان ربما لايستبعد حقه فى الاسترجاع مطلقاً ان لم يكن عمرها المقطع اليه ، والله سبحانه العالم .

ثم انه قد يشك في كون الشيء من المقطع به للرسول أوالامام أو الفقيه، ومقتضى القاعدة ان يرجع فيه الى حكم العام، اى من احيى مواتاً ونحوه[1]، لانه

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

لايمكن التمسك بدليل الاقطاع لانه مشكوك الشمول له ، فيشمله حكم العام ، وليس ذلك من التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

توضيحه : ان الشك قد يكون فى الصدق ، اى المفهوم ، وقد يكون فى المصداق، أى الفرد الخارجى ، وعلى كل حال ، فقد يكون ذلك بالنسبة الى العام والمطلق، وقد يكون بالنسبة الى الخاص والمقيد، فاذا قال المولى: اكرم العلماء، وقال : لاتكرم فساقهم ، فقد يشك فى ان العالم بالخياطة ، مثلا داخل فى العلماء أم لا؟ وهذا شك فى الصدق، وقد يعلم ان العلماء يرادبه الفقهاء فقط لكن يشك في ان زيداً فقيه أم لا؟ وهذا شك في المصداق، وبالنسبة الى الخاص فقد يشك فى ان مرتكب الصغيرة فاسق أم لا؟ ـ بعد العلم بكون مرتكب الكبيرة فاسق قطعاً ـ وهذا شك فى الصدق، وقد يشك في ان زيداً مرتكب لكبيرة ، بعد العلم بأن مرتكب الكبيرة فاسق ، وهذا شك فى المصداق ، لاشك في انه لايتمسك بالعام فى الاولين ، لانه لم يعلم انه داخل فى العام صدقاً فى الاول ، ومصداقاً فى الثاني ، كما لاشك فى انه يتمسك بالعام فى الاخيرين ، لانه علم بلزوم اكرام العالم وهذا فرده، وشك فى انه هل خرج منه لكونه فاسقاً أم لا ؟ ـ أما من باب شكه فى مفهوم الفسق، أو في مصداقه ـ .

اذا تبين ذلك قلنا : انا نعلم بان من احيى كان له ،كما خصص ذلك بما أقطعه الامام ، حيث ان احيائه لغير المقطع له لايكون ملكاً لـه ، فاذا علمنا ان [الدور] التي أقطعها صلى الله عليه وآله و سلم لابن مسعود مقدار عشرة آلاف ذراع،[1] وشككنا في دخول ألف ذراع آخر فى ذلك المقطع، فقد علمنا بأن من

(١) نيل الأوطار : ج ٦ ص ٥٩ .

احيى شمله وشككنا فى انـه هل دخل فى المخصص ـ أى المقطع ـ فاللازم التمسك بالعام حتى يظهر خلافه ، وانه داخل فى التخصيص ، وليس ذلك من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

نعم، يتمسك بالعام في الشبهة المصداقية فى مثل الشك فى ان هذه المرأة قرشية أم لا ؟ لاحكام الحيض والعدة ونحوهما لما ذكره الفقيه الهمدانى فى مصباحه .

(مسألة - ٢١ -) من شروط الاحياء ان لايسبق الى الموات سابق بالتحجير والا فلا حق لاحد في احيائه فانه يحرم التصرف فيه له ، واذا احياه لم يملكه لعدم شمول ادلة الاحياء له، ويدل على ذلك قبل الاجماع الذي ادعاه التذكرة وفي مفتاح الكرامـة نقل الفتوى به من المبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والفاضلين والشهيدين والكركي والسبزوارى والكاشاني قال: من دون خلاف ولاتأمل، ومن المفاتيح الاجماع على انه يفيد الاولوية، بعض الادلة العامة .

مثل ما رواه الغوالي وجملة من كتب الفتوى ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انه قال من سبق الى مالايسبقه اليه مسلم فهو أحق به [1]. ومثل لايتوى حق امرء مسلم [2] - بضميمة انه حق عرفاً - وبعض الادلة الخاصة .

مثل ما رواه الغوالي ، عنه صلى الله عليه و آله و سلم ، و كذلك بعض كتب الفتوى من أحاط حائطاً على أرض فهي له [3]، بالاضافة الى الفحوى في أولوية السبق الى مكان أو مسجد ، و الى ما ورد من تقرير الامام عليـه السلام عمل من جعل احجاراً في طريق مكة لاجل المسجد [4]، فالحكم خال عن الاشكال بل لو لم يكن الاسكوت الشارع عن رؤية العرف الحق للمحجر كان كافيـاً، بل ربما استدل له بمثل من احيى، فان الاحياء يشمل من الاول الى الاخير،وليس الاخير وليس خاصاً بالاخير ولو بقرينة التلازم عرفاً .

ثم ان السبق له أفراد مقطوعة و له أفراد مشكوكة ، أما المتيقن عدمه فلا

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٢) العوالي : ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ ح ٣ .

اشكال في عدم ايجابه الحق ، كما اذا قال لخادمه: اذهب وحجرذلك المحل.

قال في القواعد : التحجيران بنصب المروز ، أو التحويط بحائط ، أو بحفر ساقية محيطة ، أو ادارة تراب حول الارض ، أواحجار ، ونقل مثله عن المبسوط وزاد في التحرير حفر الخندق وذكر غيرهما امثلة اخرى، لكن عن جامع المقاصد ان في عد التحويط بحائط من التحجير نظراً ، بل هو احياء في نحو الحظيرة، وعن المبسوط وغيره القول بذلك، وعن التذكرة انه احياء وان قصد السكنى .

و كيف كان ، فالمهم صدق [احيى][1] أو [سبق][2] أو ما أشبه في الادلة المتقدمة .

أما اذا شك في فرد انه هل يصدق من سبق، أو لايتوى أو ما أشبه فالاصل عدم كونه محكوماً باحكام التحجير ونحوه، لان التمسك بأمثاله من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

ثم هل يصح بيعه كما عن التذكرة احتماله ، لان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاولوية تبعاً للاثار ولانه حق يقابل بالمال فتجوز المعاوضة عليه أولا يصح ؟ كما يظهر من المشهور احتمالان ، وان كان مقتضى القاعدة الاول، اذ لاوجه لعدم جواز بيعه بعد ظهور الدليل في كونه ملكاً فانه حيث سبق ملكه ، ولذا يراه العرف ملكاً ، ثم على تقدير قبول انه ليس بملك فهو حق بلاشبهة ولادليل على ان الحق لايقبل البيع ، و ان ذكره الشيخ المرتضى [ره] في

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

المكاسب، اذ قول انه مبادلة مال بمال ليس حاصراً بدليل العرف فانهم يرون انه بيع ، فيشمله عموم الادلة، كما ان القول الاخر للشيخ هنا من انه يلزم ان يخرج العوض من كيس من يدخل في كيسه المعوض ، قد ذكرنـا فى بعض المباحث السابقةوجه النظر فيه ، وانه يصح ان تكون المبادلة بين طرفين ،أو ثلاثة كاعطائه ديناراً المخباز ليعطى خبزاً للفقير ، بدون الوكالة والملك الانمائي لعدم رؤيةالعرف الذي هو الميزان ذلك أوأربعة كاعطائه ديناراًلزيد ليعطي ولده كتاباً لولدالمعطي اذا كان برضاية كل الاطراف ، و لذا يقال في كل الثلاثة بالبيع والاشتراء .

ثم اذا سبق الانسان بالتحجير دخل فيملكه، كما رأينا ، أو حقه كمايقول المشهور، حريمه فلا يحق لغيره استملاك الحريم، فاذا احاط حائطاً يريدجعله داراً لايحق لاخر استملاك كل اطرافه بحيث لايبقى له باب ولا مطرح التراب والثلج وما أشبه ، وذلك لصدق السبق ونحوه على المحجر، وكما يكون ذلك المحجر ــ بالفتح ــ لمن سبق له كذلك يكون له سائر اطرافه الستة مثل الفوق والتحت ايضاً لما تقدم في باب الاحياء .

أما هل هو سابق الى ماء تحت أرضه فلا يحق لغيره حفر بئر الى جـانبه يجر اليه مائه ؟ الظاهر ذلك ، لصدق السبق ونحوه .

ثم انه لاينبغي الاشكال فىان حقه في ما حجره انما يكون اذا قصد بذلك ان يكون المحجر له .

أما اذا لميقصدلم يملكه ، ولاحق له فيه كما اذا رأى معشباً امام مزار فأراد ان يحجره ليبقى نظيراً للزوار كي لا تفسده الانعام والاطفال مثلا، فانه لايملكه بذلك و لاحق له فيه لما تقدم في دليل السبق من لزوم قصد الملك فلغيره حق

احيائه ، ولو اشترك نفران دفعة واحدة في التحجير بما أراد كل تحجير الكل صارا شريكين، لانه لااولوية لاحدهما على الاخر.

ولو حجر انسان فجاء اخر فاحياه كان من مسألة ما اذا عمر داره في أرض غيره ، أو نجر خشبة غيره حتى صار باباً ، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في هذا الكتاب ، وبعض الكتب الاخرى من [الفقه] .

ثم ان الشروع في التحجير يعطيه حق الاولوية ، لانه قدسبق الى مالم يسبقه أحد ،كما اذا انتخب قطعة من الارض ليجعلها داراً لنفسه فأخذ يحجر بعضها فلايحق لغيره ان يأخذ في تحجير غيره لان الاول سابق .

قال في الشرائع : ولو اقتصر على التحجير وأهمل العمارة اجبره الامام على أحد أمرين: أما الاحياء ،وأما التخلية بينها ، وبين غيره ، ولوامتنع اخرجها السلطان من يده لئلايعطلها .

وقال في الجواهر: بلاخلاف أجده بين من تعرض له كالشيخ وابن حمزة والفاضلين والشهيدين وغيرهم على ماحكى عن بعضهم معللين له بقبح تعطيل العمارة التي هي منفعة الاسلام ـ انتهى .

أقول : لايخفى ان هذه العلة لاتكون مستنداً للحكم ، بل اللازم ان يجعل الدليل انصراف أدلة التحجير عن مثله ، فان من سبق ، أومن أحاط، أو لايتوى لايشمل الا ماكان شروعاً في الاحياء ، ولذا فهموا منها ذلك ، والاجماع لم يقم الا عليه فغيره يبقى على اصالة الاباحة .

نعم ، لاينبغي الاشكال في انه اذا حجر حق له البيع على ما نرى ، أوما أشبه على مايرون وان قال في الجواهر : لااشكال في عدم جواز بيعه لعدم الملك بل ولاهبته ، وان قال فى القواعد : لم يصح على اشكال، وفي جامع المقاصد

جوز نقله بالهبة كالصلح وهما معاً كما ترى ـ انتهى .

أقول : لاوجه للاشكال ، فانه حق بلااشكال والحق قابل للنقل ولامانع من ان يكون في قبال النقل بدل ، كما فيحقه في مكانه في المسجد ، أوفي السوق أوحقها في المضاجعة حتى تنقلها الى الضرة ببدل .

أما نسبة الجواهر الاشكال الى القواعد ففيه ان عبارة القواعد هكذا ، فان نقله الى غيره صار أحق به ، وكذا لو مات فوارثه أحق به ، فان باعه لم يصح بيعه على اشكال ـ انتهى .

وظاهره ان الاشكال في عدم صحة البيع ، لافي صحة النقل .

وكيف كان ، فالمحكي عن الدروس والحواشي والروضة صحة الصلح عليه ، ويؤيد ما ذكرنا انه يورث ، فاذا لم يكن حقاًقابلا للنقل والانتقال لم يورث ، بل قال في مفتاح الكرامة : كونه يورث كانه مما لا ريب فيه كسائر الحقوق ، وعلى ما ذكرناه ان حجروأراد نقله ، أواحيائه ـ ولم يكن أزيد من حقه في اطار [لكم] كما ذكرناه سابقاً في الاحياء ـ لم يمنع .

ولو أراد ابقائه هكذا حق للحاكم جبره بأحد الامرين ، فاذا لم يفعل اياً منهما اباحه لغيره ممن يحييه لما تقدم من عدم شمول الأدلة لما اذا لم يرد نقله ولااحيائه ، وانما يتدخل الحاكم لعدم كون استيلاء الغير سبباً للتنازع والخصام والافمقتضى القاعدة عدم الاحتياج اليه ايضاً .

ثم اذا حجر مالايطيق احيائه ولانقله ، فالظاهر انه لايملكه ولايختص به ـ على رأى المشهور ـ اذ المنصرف من الادلة مايستنفع به لامايحجره فيتركه فلايملكه حينئذ ولكل أحد احيائه اذا شاء .

وكذا اذا حجر ازيد من حقه في اطار (لكم) لماتقدم في باب الاحياء في انه

لايحق لاحد الان يعمل فى هذا الاطار ، فاذا فعل ذلك كان له العلائم ونحوها تعطى له مثل العيدان التى حدد بهـا المحجر ، والظاهر انه لا بأس بالتصرف فيهابقلعها واعطائها لمالكها اذا لم يرض هو بالقلع ، والاحوط ان يكون باذن الحاكم .

نعم اذا كانت احجاراً جعلها علائم لـم تكن ملكاًله اذا لم يقصد حيازتها فلاحاجة الى اذنه ، أو اذن الحاكم .

ومنه يعلم ، انه لوحجر أكثر مما يطيق احيائه أو نقله أوكان أكثرمن اطار [لكم]كان لغيره ان يعامل الزائد معاملة مالم يحجر .

أمابقدره فله ذلك ، وعليه فقول بعض العامة ، وانما يتحجر مايطيق احيائه بل ينبغي، ان يقتصرعلى قدر كفايته لئلايضيق على الناس، فان تحجر مالايطيق احيائه ، أو زائداً على قدر كفايته فلغيره ان يحيى الزائد على مايطيقه ، وعلى قدر كفايته الخ .

لابأس به ، لانه حسب القواعد التي ذكرناها ، لكن يلزم ان يضاف على قوله : [أوزائداً علىقدر كفائته] أومايريد نقله الىغيره بدون تضييق علىالناس لانه كما تقدم فى باب الاحياء جاز للانسان احياء مالايريده ، وانما يريد نقله اذا لم يضيق على الاخرين .

و عليه فقول الجواهر فى رده بانه ينـاسب اصوَلهم التى منهـا القياس و الاستحسان والمصالح المرسلة، ومطلق الاجتهاد [أيماليس من الادلةالاربعة] غير ظاهر الوجه .

ثم ان رواية يونس ، عن العبد الصالح عليه السلام : ان الارض لله تعالى جعلها وقفاً علىعباده فمن عطل أرضاً ثلاثسنينمتوالية لغير ماعلة اخذت من

يده ودفعت الى غيره[1]، لاحاجة اليه فى الاستدلال للمقام اذ قد عرفت ان تحجيره لو كـان زائداً عن حقه ، أو لا يطيق احيـائه ، و لانقله لم يدخل في ملكه ولا اختصاصه ولو ليوم واحد .

ثم ان حجر وزالت آثار التحجير بالمطر و الرياح وما أشبه ، فهل يبقى المحجر ملكه ، أو مختصاًبه أم لا ؟ قال بالثاني التذكرة ، وجامع المقاصد في محكي كلاهما، و ذلك لان المحجر دخل في الملك ، أو الحق بالتحجير فاذا زال زال .

أما الاحتمال الاول : فيستند الى الاستصحاب ، حيث انه ملكه ، أو صار له حق فيه فيستصحب ، لكن أركان الاستصحـاب ليس تامـاً ، حيث تبدل الموضوع بنظر العرف ، فهو كما اذا وضع رحله في مكـان من المسجد ، أو السوق فجائت الريح واطارت به ، حيث لاينبغي الاشكال في عدم حقه بعد ذلك .

وبهذا يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر حيث قال : لو كان ثبوت حق التحجير بها على نحوما تسمعه في الرحل اتجه حينئذ زوال الحق الا انذلك مقطوع بخلافه، اذ من جملة افراد التحجير انلايكون مملوكاً للمحجر كالحفر ونحوه ، فلا ريب فى ان مقتضى القوانيـن الشرعية ثبوت الحق مطلقاً الا ان يكون اجماعاً .

أقول : أولا : لا اجماع في المسألة .

وثانياً : من اين القطع بالخلاف .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٥ الباب ١٧ من أبواب احياء الموات ح ١ .

وثالثاً: كلامه من الاستدلال للعام بالخاص ، حيث استدل لما ذكره بقوله اذ من جملة .

ورابعاً : ليس الكلام في بقاء المحجر كالخندق و الحفر، بل في زواله ، فان كلام العلامة والكركي في زوال الاثار .

وكيف كان ، فزوال الاثرعرفي فلا يضربذلك بقائها في الجملة ممالايراه العرف اثراً ، ولو نقل انسان ، أو نحوه المحجر الى أبعد أو أقرب ، لايكون لصاحبه حق في الابعد ، اذ لم يقصده ، وقد تقدم الاحتياج الى القصد ، أما اذا قصده ، فالظاهر انه يملكه فهو له، كمااذا سقط الثلج في داره وقصد ملكه حيث يملكه لانه يشمله من حاز وسبق بعد ان قصد ، اذ لايلزم وضع اليد،بل صيرورته ذايد وقصده الملك، فاذا جاء الطير، أو الجراد، أو الثلج الىسطحه و قصد ملكه لايحق لاحد تنفيره ، أو كسحه بواسطة ضغط الهواء مثلا بأن لم يتصرف في سطحه ، ولذا اذا ألقى الحب الى الحمام ليجمعه فيصيده فاجتمع فنفره انسان رآى العرف انه فعل ما ينافي حق الصائد فلا يقال باستصحاب الاباحة .

نعم ، بعض الافراد ليس كذلك ، كما اذا طارد الحمام في الصحراء فاصطاده انسان آخر لم يكن يصيده اذا كان بعيداً عنه الا اذا كانت المطاردة سبباً لتعب الحمام مما رآى العرف انه صار حقه ، أو ألقىالسم في الماء مما سبب تسمم السمك مما سهل صيده ، فانه لايحق لغيره صيده، اذ يرى العرف انه ممن سبق وانه حقه ، ولايتوى حق امرء مسلم[1]، واذا صح ما روى ، عن

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم : ليس الصيد لمن آثاره ، وانما لمن أخذه،[1] لابد ان يحمل على مجرد الاثارة من دون رؤية العرف حقاً فيه مما يوجب صدق السبق ونحوه .

ولو شك في الحق كان الاصل عدمه ، أما اذا نقله انسان الى أقرب ، كما اذا أحاط مأة ذراع فنقله الى ما أحاط بخمسين ذراعاً ، فالظاهر بقائه في حقه والا لملك كل من يريد الاستيلاء على ما سبق اليه ان ينقل علمه الى حيث يريد و الفارق بين نقل الانسان وبين ازالة الامطار العرف ، حيث يرون بقاء حقه عند النقل لا الازالة، وكذلك فيما سبق اليه من مسجد ونحوه، فانه اذا ازال رحله انسان بقي حقه ، دون ما اذا ازالته الريح مثلا ولو شك في بقاء الحق في ازالة الانسان كان الاصل البقاء .

ومما تقدم يعلم ، حال ما اذا أخذ انسان محجره ونقله الى قطعة اخرى من الارض ، فانه لا يملك تلك القطعة الجديدة الا اذا قصد ملكها ، أما المستثنى منه فواضح .

وأما المستثنى ، فلما سبق ، و ان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل.

ثم ان مما تقدم ظهر انه اذا حجر بقصد المسجد صار مسجداً مع القبض ان قلنا باشتراطه ، ويدل عليه من كان رصف الاحجار في طريق مكة ، بل هذا يؤيد ما ذكرناه من الملك للمحجر ، اذ لا وقف الا في ملك .

ثم انه اذا حجر وبعد ذلك اعرض عما حجره سقط عن ملكه ، وان كان محجره باقياً، وذلك لما تقدم في بعض مسائل هذا الكتاب وغيره من ان الاعراض يسقط الملك .

---

(١) انظر في البحار : ج ٦٢ ص ٢٩٢ باب الصيد وأحكامه وآدابه ح ٥٥ . وانظر الدعائم : ج ٢ ص ١٦٨ ح (٦٠٤) .

وعليه فاذا مات و ورثه الوارث ملكه ، سواء كان حقاً أو ملكاً ، لاطلاق ما تركه الميت فلوارثه ، أما اذا لم يرده الوارث سقط عن الملكية ، ولو لم يرده بعض الورثة لم ينتقل الى غيره من سائر الوراث ، لعدم الدليل عليه فهو كما اذا ألقى بعض الورثة ما ورثه فى الشارع ، فانه يكون مباحاً لمن اراده، لانه ينتقل الى وارث آخر .

فلا يقال : ان مقتضى آية اولى الارحام[1] ان الطبقة الاولى ، اذا اعرضوا انتقلت الى الطبقة الثانية، أو انه اذا أعرض بعض الورثة انتقل الى وارث آخر فى طبقته ، وهل للزوجة حق فى المحجر اذا قلنا بانه لايملك ، وانما يكون فيه الحق فقط ؟ احتمالان من اصالة الحق ، ومن ان ظاهر الادلة عدم ارتباطها بالارض أصلا ، وقدذكر الشيخ المرتضى[ره] فى المكاسب مسألة انتقال الخيار الى الزوجة فى الارض فراجعها .

ثم انه لو حجر ولم يقم بالتعمير مما تقدم أجبره الحاكم اذا لم يقم ولو اباحه الحاكم لغيره ، فالظاهر ان المحيى جديداً يلزم عليه اعطاء قيمة الارض له ، بناءاً على القول بالملك ، بل وعلى الحق أيضاً لانه جمع بين الحقين اذا كان لها قيمة فى مقابل حقه ، أو صارت للارض قيمة بفعله التحجير ، كما اذا سوى الارض واخرج احجارها ومتح مياهها الزائدة وما أشبه .

أما اذا كانت الارض ذات قيمة بنفسها ولم يحدث المحجر شيئاً يستحق به قيمة فلا، ولايبعد ان يكون تحجير البحر والغابة ونحوهما كتحجير الارض فى سببية الملك أو الحق ، كما اذا جعل فى قطعة من البحر علائم لاجل ان

---

(١) سورة الأنفال : الآية/٧٥ .

يوقف سفينتة هناك ، أو يجعل مصيدته للاسماك فى ذلك المحل ، وكذلك اذا فعل فى الغابة مثل ذلك ، ويدل عليه اطلاق دليل من سبق ونحوه مماسبق .

نعم ، يلزم ان لايكون خارج اطار [لكم] ولايكون مزاحماً لسابق ، كما اذا كانت السفن تمر من هناك ، أو الصيادون يصيدون كل يوم هناك لانهم قد سبقوه فلاحق له في مزاحمتهم .

قال في الشرائع : [في مسألة اهماله العمارة حتى اجبره الامام بالاحياء أوالتخلية] ولوبادر اليها من احياها لم يصح مالم يرفع الامام يده ، أويأذن في الاحياء وتبعه القواعد والمسالك ، بل قال في الجواهر : بلاخلاف أجده بين من تعرض له ، لانه حينئذ احياء ماهو باق فى حق غيره كما لواحيى قبل طلب الامام منه احد الامرين .

أقول : وذلك لان مثل هذه الشئون من الامور المرتبطة بالامام ، فاللازم مراجعته لفصل المنازعات .

لايقال : دليل السبق والاحياء لايشمل مثل هذا السبق أصلا ، فهو كما اذا وضع رحله في المسجد بدون ان يريد الجلوس فيه ، حيث يحق للمصلي رفعه ليجلس مكانه فيحق لمن يريد الاحياء ان يرفع آثار التحجير بدون مراجعة الامام واحيائه، واذا أجبره الامام بأحد الامرين ولم يفعل بعد حق له السبق بدون اذن الامام في الاستيلاء .

لانه يقال : حتى اذا كان استيلائه بغير حق لانه لايريد الاحياء ولاالبيع ـ فيما له البيع ـ اللازم مراجعة الامـام ، لان فصل الناس أنفسهم في أمثال هذه القضايا يوجب الفوضى والنزاع مما لايريده الشارع، كما يعرف من المركوز في اذهان المتشرعة ـ الذي حجيته انـه يكشف عن تسلسل الارتكازات الى زمان

المعصوم فهو نوع سيرة ـ ومن ان خلافه خلاف سبيل المؤمنين .

قال سبحانه : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيراً »[1] حيث ان ظاهر العطف التأسيس، خصوصاً واتباع غير سبيل المؤمنين يمكن مع عدم مشاققة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، حيث ان بعضهم يتبع غير سبيلهم مع اظهاره الاحترام الكامل للرسول صلى الله عليه وآله وسلم مثل الخوارج وغيرهم ، والمشاقة ظاهرها المشاقة الظاهرة، فلايقال : كل اتباع لغير سبيل المؤمنين شاقة للرسول صلى الله عليه وآله وسلم .

أما ظاهراً، أوواقعاً، والمؤمنون وان لم يكونوا حجة بما هم هم، ولكنهم حجة باعتبار ان سيرتهم مأخوذة من الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ونوابه وان لم يكن من ضمنهم الامام عليه السلام فليس أمر حجية سبيلهم من باب الاجماع الدخولي ونحوه .

وكيف كان ، فاللازم مراجعة الحاكم أو وكيله ومع عدمهما والاحتياج عدول المؤمنين كما ذكروه في باب ولاية الفقيه، وقدذكروا مثل ذلك في باب الحدود والديات والقصاص فلايحق لاحد أحدى المذكورات الابامر الامام وبعد أمره لايحق لغير المأمور تنفيذه فاذا أمر جلاده بضرب الشارب لايحق لغيره ذلك وقد ذكرنا بعض الكلام في هذا المبحث في الكتب المذكورة .

ثم ان التارك للاحياء بعد التحجير ان ذكر عذراً وجيها يزول بمالايوجب تعطيل الارض المحتاج اليها، أو استمهل مدة كذلك ولو بدون ذكر العذر، امهل، وذلك لانه ليس من التعطيل الضار ، فيشمله أدلة من سبق، وان ذكر عذراً غير وجيه

---

(١) سورة النساء : الآية/١١٥ .

ولم يرد التعمير، أوعذراً وجيهاً لايزول بسرعة ، كما اذا قال: حتى أجمع المال لمدة عشر سنوات، أولم يبد عذرا ولااستعداداً للتعمير، كما لوقال: لااعمر ولا اعطيه للغير ولوبالبيع، كان ذلك موضع جبر الامام، أوسلبه عن يده، وقد ذكر غير واحد ذلك من دون ذكر الخصوصيات التي ذكرناها .

قال في مفتاح الكرامة : فان ذكر عذراً في التأخير امهله السلطان بمقدار العذر، فان طلب التأخير من غير عذر أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة بحسب مايراه السلطان ، كما صرح بذلك جماعة ـ انتهى .

ثم انه ان استولى على شجرة بدون ان يعمل فيها شيئاً ثم تركها ولو بقصد الرجوع رجعت الى اباحتها السابقة، اذ ليس هناك احياء، ودليل السبق منصرف الى مايصنع عليه أثراً فهو مثل ان يخيم في مكان ثم يرفع خيمته وبنائه ان يرجع اليه ، فانه لايشمله أدلة السبق الا اذا كانت عادة له في كل سنة بمايراه العرف سبقاً ، ولذا نقل فى محكى الحواشي عن بعضهم انه اذا استولى على شجرة مباحة لايملكها الا بقطعها وبدونه يكون أولى مادام مستولياً عليها ، فان فارقها كان لغيره قطعها .

أقول : وكان ينبغي استثناء ماإذا أحدث فيها ايضاً ، كما اذا ابرها وشذ بها أو أحاط حولها بحائط أو ماأشبه ذلك .

وعن الدروس : انه لونصب بيت شعر أو خيمة أوخشبة ، فليس احياءاً ، بل يفيد أولوية .

أقول : لماذكرناه في الشجر.

قال فى مفتاح الكرامة: قد يتأمل فى ذلك اذاعضد الشجر وتسمدت الارض أما بيت الشعر ونحوه فانما يفيد الاولوية لاالملك اذا لم يتخذه منزلا دائما ،

والا فاي فرق بينه وبين العمارة .

والحاصل: المعيار العرف ، فان التحجير ايضاً يوجب الملك كما سبق، ولذا كان المحكى عن المبسوط ان التحجير احياء.

نعم، الاحياء عند المبسوط مطلقاً لايملك رقبة الارض ، كما نقله السيد العاملي عنه عند قول القواعد ولا يفيد ملكاً.

ثم انه ظهر مما تقدم انه لوأخذ سمكة أوغزالا أوطيراً فجعلها انسيةملكها وان ابتعدت، وان لميجعلها انسية وحفظهاكانت ملكاً له وان هربت منه رجعت الى اصالة الاباحة، لان من سبق لايشمل مثلها بعد الهرب مثل ما ذكرناه فى الارض بعد الترك والاستصحاب لا مجال له بعد عدمتمامية اركانه.

ثمقدتقدم انه لوحجر أزيد من حقه أومن طاقته لم يكن فىحكم المحجر الا بقدر حقه وبقدر طاقته، فان تجاوز هو عن الاكثر قبل منازعة الغير اياهكان مااختاره له ومازاد لمن يريد احيائه .

أما اذا قال له الامام : لك نصف ماحجرت مثلا ، والنصف الاخر لزيد صارا شريكين فلا يحق له ان ينتخب مايريده هو كما ليس ذلك لشريكهايضاً بل يقسم المحجر بينهما كما في سائر المشتركات.

ولوحجر المورث فلم يعلمالوارث انه حجره بقصد انهله أو لا بقصدذلك بللاجل بقاء المنتزه بعيداً عن نيل الحيوانات ـ ولم يقصد انه له، وانماجعله منتزهاً ، اذ مثل هذا القصد لايجعله له ، لاطلاق أدلة من سبق ـ فالاصل عدم تعلق حقه به، ولوعلم بانه قصد تعلق حقه به ثم شك في الاعراض كان الاصل عدم الاعراض.

ثم الظاهر ان في حكم التحجير ما اذا سلط الماء على أرض بائرة لاجل

احيائها بالزرع فيها فأنه سبق يشمله أدلتـه ، كما انه اذا متح الماء عنها لاجل الاحياء كان سبـقاً ، فقد تقدم ان التحجيـر ورد فـي كلام الفقهاء و الميزان الادلة.

(مسألة -٢٢-) كما لا يصح احياء المحجر والمقطع على ماتقدم لا يصح احياء الحمى الذي حماه الرسول أو الامام أو نائب الغيبة، بلا اشكال ولاخلاف عندهم فاذا احياه لم يملكه كما انه اذا حجره لم يختص به .

قال في الشرائع: وللنبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يحمي لنفسه ولغيره من المصالح كالحمى لنعم الصدقة ، وكذا عندنا الامام الاصل، وليس لغيرهما من المسلمين ان يحمي فلو احياه محي لم يملكه مادام الحمى مستمراً ويستفاد ذلك من كتب العلامة والدروس، ومن تأخر عنهم، ويستفاد الاحكام الثلاثة - أي لا حمى لغيرهم وان لهم عليهم السلام الحمى ، وان حماهم لايحجر ، ولايملك باحيائه غيرهم له - من كتب الشيخ أيضاً .

وكيف كان، فالحمى عبارة- كما عن التذكرة وفي المسالك وغيرهما- انه كان العزيز من العرب اذا انتجع بلداً مخصباً فوافي بكلب على جبل ، أوعلى نشزان لم يكن به جبل ثم استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة في ماسواه ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك لما فيه من التضييق على الناس[1] - انتهى .

أما ان للنبي والامام الحمى، فلانهم ملاك الارض بتفويض الله سبحانه لهم كما ورد على ذلك متواتر النص وللاجماع المقطوع به المستفيض في كلامهم وللاولوية من الاقطاع الذي ورد النص والفتوى به كما تقدم، حيث اذا كان له ان يفوض الى غيره كان له ان يختار لنفسه بالاولى، ولانه اذا كان مواتاً كان من

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغنى : ج ٦ ص ١٨٢ وفي الشرح الكبير المطبوع في ذيل المغنى .

الانفال، بضميمة الاجماع على عدم الفصل بين الموات والاحياء.

ولما ورد من حقه صلى الله عليه وآله وسلم في الحمى، بضميمة ان الائمة عليهم السلام مثله في كل شيء الا اختصاصاته، وليس هذا من اختصاصاته بالاجماع.

قال في محكى المبسوط : وهو ان يحمى قطعة من الارض للمواشي ترعى فيها[1].

وقد روى اصحابنا والعامة، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لاحمى الالله ولرسوله[2] ـ انتهى.

فانه يدل على تواتر الرواية بذلك عندنا، أوما هو مسلم عندهم، ومنه يعلم ان قول مفتاح الكرامة والظاهر ان الخبر عامي لانه ليس موجوداً في الجوامع الظاهرة من كتبنا ولكنهم أخذوه مسلماً ـ انتهى.

ليس على ما ينبغي وكأنه أخذ منه تعليقة الجواهر في الطبع الجديد، حيث اقتصر بروايته عن سنن البيهقي، وقد كررنا التنبيه على الاشكال في مثل ذلك ولما استدل به في الجواهر له من ان النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم[3].

ولما ورد من حمى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عملا، فقد ذكر لخاصة والعامة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حمى النقيع ـ بكسر النون كما عن الحواشي ـ لخيل المسلمين[4]، وهو موضع قريب من المدينة كان

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٧ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٦ .

(٣) سورة الأحزاب : الآية/٦ .

(٤) ذكره ابن قدامة في المغنى : ج ٦ . وابن منظور في لسان العرب ج ١٤ ص ١٩٩ مادة (حمى) .

يستنقع فيه الماء ، ومنـه أول جمعة جمعت في الاسلام في المدينة في نقيـع الخضمات ـ بالخاء والضاد المعجمتين ـ .

وفي الوسائل، عن الكافي والتهذيب ، عن موسى بن ابراهيم ، عن أبي لحسن عليه السلام قال: سألته عن بيع الكلاء والمرعى ؟ فقال: لابأس به قد حمى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم النقيع لخيل المسلمين.[١]

و الظاهر ان الاستدلال منه عليه السلام بفعل رسول الله للدلاله على انه قابل للملك، لاللدلالة على انه قابل للحمى لكل أحد، وحيث انه صلى اللهعليه وآله وسلم اسوة يصح ملك الكلاء والرعى ، ولولا الدليل على انـه لايصح الحمى لغيره صلى الله عليه وآله وسلم، لامكن الاستدلال بهذا الحديثلصحة الحمى أيضاً، فحمل بعض الفقهاء، هذا الخبر على التقية غيرظاهرالوجه .

وكيف كان، فهذا الخبر لأيدل على انه ليس له صلى الله عليه وآله وسلم الحمى لنفسه، ولذا قال في الجواهر ان ذلك، وانكان جائزاً له ولكنه لميفعله لنفسه ايثاراً للغير، وما وقع منه صلى الله عليه وآله وسلم انما هوللمسلمين .

وعن التذكرة ، انه قال : انه صلىالله عليهِ وآله و سلم : لم يحم لنفسه ، وانما حمى النقيع لابل الصدقة ، ونعم الجزية وخيل المجاهدين .[٢]

أقول : ويؤيده ان نعم الصدقة كانت لها محلا خاصاً فكان صلى الله عليه وآله وسلم يحفظها هناك لاجل الركوب في الحرب ، و الاستفادة من لبنها و نتـاجها و لحمها في وقت الحـاجة ، كما دل على ذلك قصة الذي ارسله

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٧ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٢) التذكرة : ج ٢ ص ٤١١ سطر : ٣٥ .

صلى الله عليه و آله و سلم ليشرب من لبنها فغدر فعاقبه صلى الله عليه و آله وسلم .

ثم ان مقتضى جملة من الادلة السابقة ان له صلى الله عليه و آله و سلمو للامام ان يحمى غير المرعى و نحوه ، مثل الغابة و البحر والنهر والمعدن و الاجمة، كما ان الفقيه له ذلك لما تقدممن اقطاع الفقيهفانه نائب له ماللمنوب عنه الاما خرج بالدليل وهو .

(١) اختصاصاته صلى الله عليه وآله وسلم ، حيث ليس حتى للامام عليه السلام مثل التزويج باكثر من أربع .

(٢) وما دل على انه لهم عليهمالسلام ممايستفاد من النبيأولى ـ بضميمة ان الامام عليه السلام كذلك بـالضرورة ـ فانه اذا أراد النبي تصرفاً في مـال انسان أو نفسه ، او قال له : تزوج فلانه أو طلقها ، كان واجباً عليه لانه أولى، وليس كذلك الفقيه اجماعاً ، ولان دليل النيابة لايشمل مثل ذلك ، فاننوابهم عليـهم السلام في ادارة شئون البلاد و العبـاد حسب المصلحة لاالتصرفـات الشخصية ، فاذا قال . الفقيه : تزوج فلانه ولم يردها، أو قال : سافر ولم يرد، أو قـال : اكتسب الكسب الفـلاني ولم يرد ، أو بالعكس بأن نهاه ، وأراد ، لم يكن رأى الفقيه مقدماً على رأى الانسان .

و الحاصل : ان النبي صلىالله عليه وآله وسلم والامام خليفة الله ، فكمالله سبحانه ان يتصرف في ملكه كيف شاء ، كذلك اهما بعنوان انهما خلفائه ،و ليس الفقيه كذلك .

قال تعالى : «اني جاعل في الارض خليفة»[1] وفي زيارة الامام المهدي عليه السلام : [السلام عليك يا خليفة الله][2] الى غيرهما .

نعم ، لاشك انهما عليهما السلام لم يأخذوا بهذا الحق لهم ، فانا لم نجد حتى موضعاً واحداً الا اذا كان على نحو التهديد .

أما مسألة احراق مسجد ضرار ، فانه كان شأناً من شئون الدولة ، لاحكماً استثنائيـاً ، و لعل من تهديدهم عليهم السلام مـا رواه القطب الراوندي في الخرائج ـ على ما في المستدرك في بـاب حكم اخراج الجناح ـ روي ان الفرات مدت على عهد علي عليه السلام فقال : الناس تخاف الغرق فركب و صلى على الفرات ، فمر بمجلس ثقيف فغمز عليه بعض شبانهم فالتفت اليهم، و قال : يا بقية ثمود يا صغار الخدود ، هل انتم الاظغام لئام من لي بهؤلاء الا عبد ؟ فقال مشايخ منهم : ان هؤلاء شباب جهـال فلا تأخذ نابهم واعف عنا ، قال : لااعفوا عنكم الا على ان ارجع ، و قد هدمتم هذه المجالس و سددتم كل كوة وقلعتم كل ميزاب وطممتم كل بالوعة على الطريق ، فان هذا كله في طريق المسلمين، وفيه اذى لهم فقالوا نفعل ومضى وتركهم ففعلوا ذلك كله الخبر[3].

فان قوله : عليه السلام [الاعبد] أما تعبير ، وأما تهديد بانه يبيعهم ، فـان كان الثاني وصح الخبر كان من التهديد بما له حقه من استعبادالاحرار .

---

(١) سورة البقرة : الآية/ ٢٩ .

(٢) مفاتيح الجنان . ص ٥٢٣ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ١ .

ثم ان لهما عليهما السلام ذلك لايحتاج الى قيد المصلحة ، وعدم الاجحاف ونحوهما ، فان عصمتهم عليهم السلام تمنع كل ذلك ، وفي الحديث: ان الله أدب نبيه بآدابه ففوض اليه دينه [1].

أما ان الحمى لفقية الغيبة : فانه وان كانت عدالته تمنع عن تعمد العصيان الا ان كونه معرضاً للنسيان و نحوه يعطي الامة صلاحية التبديل به ، لانه يأتي باختيار الامة كما ذكرناه في كتابي [الحكم في الاسلام ، و السياسة] و في [كتاب الزكاة] في جمع الفيء ما يفيد ان لهم ان يختاروا ليجمع فيئهم ويقاتل عدوهم فراجع .

وعلى هذا ، فلو حمى النبي والامام والفقيه لم يحق لاحد أحياء ماحماه لان ادلة الاحياء لاتشمله .

نعم ، اذا كان حماهم لاجل الانتفاع المنطبق على من يريد الانتفاع جاز له الانتفاع، وكذلك لو حماه لاجل طائفة جاز لاولئك الاحياء مثلا حماه لاجل انتفاع المارة ، أولاجل استفادة الفقراء من مرعاه لاغنامهم ، أو لاجل سكن متضرري الحرب بصنعهم الدور لانفسهم، وذلك لانه لم يحمه عنهم، فاذا رعى غيرهم غنمه في المرعى المحمى كان مقتضى القاعدة ضمانه ، كما انه لو بنى في المحمى ، وليس ممن له أهلية البناء كان كما تقدم في بناء الانسان في المقطع لشخص .

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع : لاخلاف أجده في انه لو احياه محي لم يملكه ما دام الحمى مستمراً .

---

(١) الوسائل : ج ١٠ ص ٢٨٦ الباب ١٧ من أبواب المزارح ١٢ .

ثم ان الحمى قد يبقى مستمراً ، وقد يزول بزوال شرطه أو قيده ، كمااذا حماه مادام البيت فزال و استولى الماء عليه ، ففي الثاني لااشكال في زواله ، لانه لم يحمه أكثر من ذلك .

أما في الاول : فلا كلام في ان حمى الرسول والامام باق ولا حق لاحد في نقضه، أي لاينقض وان أراد انسان نقضه بلااشكال ولاخلاف ، بل الاجماع ظاهر من كلماتهم، وبهذا تبين وجه قول الشرائع وان حماه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، أو الامام عليه السلام لمصلحة ، فزالت جاز نقضه .

وقال في القواعد : فان كان الحمى لمصلحة فزالت فالظاهر جواز الاحياء ونقل هذا القول عن التذكرة والتحرير والحواشي والمسالك ، وعن الدروس انه أقرب ، وعن جامع المقاصد ان القول بالعدم ضعيف ، لكن ربمانسب الى المبسوط والخلاف عدم جواز النقض ، وكأنه اشار اليه في الشرائع قال ـ بعد عبارته السابقة ـ وقيل مايحميه النبي صلى الله عليه وآله وسلم خاصة لايجوز نقضه ، لان حماه كالنص [واتمه الجواهر] بقوله الذي لايجوز الاجتهاد في مقابله ـ انتهى .

والاقوى هو المشهور، بل ربمانوقش في فهم العدم من قول الشيخ ، وكيف كان ، فلامحل الان لهذه المسألة ، الااذا عرفنا مكان النقيع الذي حماه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، والاقوى فيه عدم اعتبار حماه الان اذ لم يظهر اطلاق حماه صلى الله عليه وآله وسلم والاستصحاب مشكوك الموضوع اذ عمله صلى الله عليه وآله وسلم مثل نفذوا جيش اسامة [1] ، حيث لم يظهر انه أراده حتى فيما

(١) نهج البلاغة لابن أبي الحديد ج ٢ ص ٢٠ ط مصر .

اذا جهز جيشه الخليفة من بعده صلى الله عليه وآله وسلم ، بل ظاهرهما انه موقت بزمانه صلى الله عليه وآله وسلم .

وكيف كان ، فالذي ينبغي ان ينقل الكلام فيه ماحماه الفقيه فنقول : انه قد تقدم حقه في الحمى ، وقد قال الجواهر : بل يقوى جوازه لنائب الغيبة ان لم نقل انه من خواص الامامة ـ انتهى .

فاذاحمى الفقيه لايحق لاحد نقضه ، ثم ان حماه على ثلاثة أقسام :

الاول : ان يعلم انه مقيد أو مشروط ، ولاينبغي الاشكال في زواله بزوال الشرط أوالقيد ، فيشمله اطلاق أدلة الاحياء بعد خروجه عن فردية المخصص.

الثاني : ان يعلم انه مطلق ، ولاينبغي الاشكال ان لـه بنفسه نقضه ، سواء بقيت المصلحة أم لا ؟لان الظاهر من أدلة ولاية الفقيه انها ابتدائية واستمرارية فليس عمله كالعقد الذي اذا عقده لم يتمكن من نقضه ، أماهل لفقيه آخر نقضه في زمان ولايته بعد عزل الفقيه الاول أوموته؟ الظاهر ان له ذلك لان الفقيه الاول تمتد ولايته مادام انتخاب الناس له رئيساً للدولة ومادام هو حي ، فتصرفه في حق فقيه بعده متوقف على اجازته ، وقد ذكرنا تفصيل هذه المسألة في أول الكتاب فلاحاجة الى تكراره .

الثالث : ان لايعلم انه مطلق ، أوفي الجملة ، فان تمكن المريد للنقض من الفحص كان لازماً لوجوب الفحص في الشبهات الموضوعية ،كما اخترناه ، والا فان قلنابعدم جريان الاستصحاب في الشك في المقتضى كان المورد من موارد لزوم الرجوع الى العام ، أي من احيى ميتة فهي له ، لكنا لانقول بذلك ، وان قربه الشيخ المرتضى[ره] اذ دليل الاستصحاب شامل لكل من الشك في المقتضى والمانع كما يظهر من المشهور .

و عليه فاللازم استصحاب بقاء الحمى الا ان يظهر المزيل ، نعم لوزال وجه الحمى مما كان شكاً في الموضوع، كما اذا قال : حميت هـذا المرعى لابـل الصدقة فزال السبب مما سبب الشك في الموضوع كان المرجع عموم العام .

ثم لو كان الحمى في وقت خاص من السنة كأوقات العشب كان للناس الاستفادة من ذلك في غير أوقات العشب لانه ليس محمياً حينذاك فيجوز لهم ان يخيموا هناك أوما أشبه ذلك ، واذا حمى موضعاً كان حريمه أيضاً حمى للتلازم .

كما انمالايزاحم الحمى لابأس به كمـا تقدم في مسألة مالايزاحم حريم القرية ، مثل المرور من هناك وماأشبه .

والظاهر انه يصح للفقيه جعل عقوبة رادعة لمن خرق حماه من سجن أو غرامة أوماأشبه من باب النهى عن المنكر، ولاستتباب النظام .

وقد ذكرنا تفصيل ذلك في [الفقه : كتاب الحدود والتعزيرات والحكم في الاسلام]. بقي الكلام في المسألة الرابعة بعد التكلم في حق النبي والامام وحق الفقيه، وانه لايحق احياء ما حموه، وهي انه لايحق لاحد جعل الحمى والمسألة لاخلاف فيها ولااشكال.

قال في الشرائع : وليس لغيرهما من المسلمين ان يحمي ، وقال في الجواهر بلاخلاف كما عن المبسوط ، بل اجماعاً في المسالك ومحكى التحرير ، وقال في القواعد : وليس لغيره [أى غير الامام] ذلك ، وفي مفتاح الكرامة صدق اجماع المسالك قائلا : هو كذلك، لان عبارات من تعرض لهقدطفحت بذلك فالمسألة اجماعية .

ويدل عليه بالاضافة الى الاجماع ، انه لم يدل دليل على الملكية الابالاحياء

أو السبق ـ الشامل للتحجير ـ أو اقطاع الامام ، وكل ذلك غير موجود فلا دليل على الملك ، فان مجرد ارادة الانسان شيئاً حتى جعله علماً عليه ، لايسمى سبقاً

وانه يدل على عدم حق الفرد في الحمى جملة من الروايات :

مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاحمى الالله ولرسوله [1] ، وفي خبر آخر زيادة ولائمة المسلمين [2] ، وذكرالله سبحانه ، أما من باب ان له حمى في مكة والمدينة كما ذكرنا في [كتاب الحج] أو لتشريف الرسول صلى الله عليه وآله وسلم مثل ان لله خمسه [3] وماأشبه ذلك .

ومثل ماوراه المشايخ الثلاثة ، عن ادريس بن زيد ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته وقلت له جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولها حدود ولنا الدواب وفيها مرعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعي لابله وغنمه أيحل له ان يحمي المراعي لحاجته اليها ؟ فقال : اذاكانت الارض أرضه فله ان يحمي ويصير ذلك الى مايحتاج اليه ، قال : قلت له : الرجل يبيع المراعي ؟ فقال : اذاكانت الارض أرضه فلابأس [4] .

ومثل ماوراه يونس ، عن بعض أصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل المسلم تكون له الضيعة فيها جبل مما يباع يأتيه أخوه المسلم وله غنم قداحتاج الى جبل ، يحل له ان يبيعه الجبل كما يبيع من غيره أويمنعه من الجبل اذا طلبه بغير ثمن ، وكيف حاله فيه ومايأخذ ؟ فقال عليه السلام

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٦ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٦ وزاد في حديث آخر .

(٣) سورة الأنفال : الآية/ ٤٠ .

(٤) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٦ الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع ح ١ .

لايحل له بيعه جبله من أخيه ، لان الجبل ليس جبله انما يجوزله البيع من غير المسلم.[١]

فان الجبل جعله حمى كما يستفاد من هذا الخبر .

وانما جاز البيع من غير المسلم ، لان الاسلام أراد تقليص الكفار أدبياً أو انه من قبيل بيعا ممن يستحل على ما ذكره العلامة [ره] من انه انقاذ ، بل والروايات الدالة على اشتراك الناس في الكلاء .

مثل مارواه الصدوق قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في أهل البوادي ان لايمنعوا فضل ماء ، ولايبيعوا فضل كلاء .[٢]

و مارواه الشيخ والصدوق ، عن محمد بن سنان ، عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن ماء الوادي ؟ فقال : ان الناس شركاء في الماء والنار والكلاء .[٣]

وقدذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان المراد بالنار ، أما حجر الزند ، وأما الشجر الذى تظهر منه النار ، كما قال سبحانه : «من الشجر الاخضر ناراً»[٤] أو يحمل على الاستحباب بالعطاء من نار الدار ونحوها لاجل المقتبس و كيف كان، فالحمى لايحق لغير النبي والامام ونائب الغيبة .

أما الفقيه الذى ليس بيده الحكم ، فـان عارض الفقيه الذى بيده الحكم قدم الثاني عليه ، لما تقدم في بعض مباحث الكتاب ، فحالهما حال المترافعين

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٧ الباب ٢٤ من أبواب عقد البيع ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٦ من أبواب احياء الموات ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣١ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٤) سورة يس : الآية/٨٠ .

الفقيهين مع الفقيه الحاكم بينهما، حيث يقدم رأيه على رأيهما، وان لم يعارض كان لكل فقيه ان يحمى ، أو يعطى اجازة الحمى ، لاطلاق أدلة النيابة ، واذا حمى ، أوأعطى الاجازة لايحق لافراد الناس المزاحمة .

نعم ، قال في مفتاح الكرامة : قد قدر في المبسوط والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير بما لايعود بضرر على المسلمين .

أقول : لايقال : ان الشرط في النائب العدالة والعادل لايضر غيره فهذا الشرط في النائب مستدرك ككونه كذلك بالنسبة الى الامام .

لانه يقال : فرق بين النبي والامام والفقيه .

فالاول والثاني: عصمتهما تمنع عن تطرق احتمال الظلم فلامجال للاشتراط فيهما عندنا بخلاف العامة حيث يتطرق احتمال ذلك عندهم حتى بالنسبة الى الرسول فكيف بالنسبة الى الخليفة القائم مقامه بالقوة أو بانتخاب الناس، والفارق بينهما عندنا ان الرسول له خصائص، باعتباره أول فاتح للطريق، تشديدية ، مثل وجوب صلاة الليل، أو تسهيلية مثل الهبة في النكاح بخلاف الامام فلاخصائص حكمية له كما قرر في موضعه .

أما الفقيه فليس بمعصوم فيحتمل فيه العصيان ، كما يحتمل فيه الخطأ والنسيان ، فاللازم ان يحدد له الحد حتى يعرف خلافه اذا خالف ، فان خالف عصياناً عزل عن الرئاسة ان كان انتخب ولم تنفذ اجازته ان كان اجاز بدون كونه رئيساً ، وان خالف خطاءاً نبه على ذلك ، وكيف كان فاشتراط ان لا يتجاوز الحدآت هنا كما يأتى فى الاقطاع أيضاً .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال فى القواعد : المرجع فى الاحياء الى العرف فقاصد السكنى يحصل احيائه بالتحويط ولو بخشب أو قصب أو السعف، والحظيرة يكفيها الحائط ، ولا يشترط تعليق الباب والزراعة بالتحجير بساقيه أو مسناة أو مرز أو سوق الماء ، ولايشترط الحرث ولاالزرع ، لانه انتفاع كالسكنى و الغرس به وسوق الماء اليه ولو كانت مستأجمة فعضد شجرها ، أو قطع المياه الغالبة وهيئها للعمارة فقد أحياها، ولو نزل منزلا فنصب فيه خيمة أو بيت شعر لم يكن احياء ، وكذا لوأحاطه بشوك وشبهة ـ انتهى .

أقول : لقد ذكر الفقهاء أمثلة ، كما يظهر لمن راجع كتب الشيخ و المحققين والعلامة والشهيدين وشراح الفاضلين وغيرهم، والمرجع فى الكل الى العرف، سواء فى الاحياء أو فى السبق الذين هماموردالرواية ، والاجماع و قد اختلفوا في بعض المصاديق ، ومقتضى القاعدة انه ان اتفق العرف على شيء وانه احياء أو سبق او ليس باحدهما كان هو المتبع ، اذ الموضوعات التى لم ينص الشارع على شيء خاص فيها ، سواء كان أعم من العرف ، أو أخص ، أو بينهما عموم من وجه هو الاخذ من العرف .

ولو شك في الصدق أو المصداق كان اللازم مراجعة الاصول، اذ قديشك ان العرف يرى ان عضد الشجر مثلا أحياء له أم لا ؟ فالاصل عدم كونه أحياءاً، و قد يعلم ان العضد أحياء ، لكن لا يعلم هل ان ما عمله عضد أم لا ؟ و المرجع فيه أيضاً أصل عدم كونه أحياءاً ، اذ لايمكن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

ولو انقسم العرف الى قولين ، كان من التعارض الموجب للتساقط على المشهور و المرجع الاصل ، أما اذا قلنا في الماليات بقاعدة العدل عمل بها و

فيما لو عضد احدهما ثم استولى عليها الاخر استيلاءاً كاملا بالقطع مثلا .

ثم انه لو قصد السابق ، أو المحيي الملك ملك و ان لم يقصد الملك لم يملك ، لما تقدم في بحث الاحياء .

ولو شك في قصده وقد مات مثلا اتبع الظهور ان كان و لو بقرينة خارجية ، فان لم يكن ظهور كان الاصل عدم الاحياء ، أو عدم السبق وان لم يقصد السابق الا الاختصاص كالزائر الذي ينصب خيمته في مكان يريد البيتوتة فيه مثلا ، ثم السفر فانه يختص به بدون الملك .

الاول : لقاعدة السبق .

والثاني : لما تقدم من اشتراط القصد في الملك لما دل عليه من أحاديث بيع السمك ، وقد ظهر في جوفه لؤلؤ ، و لو قصد الملك ثم زال قصده سقط عن الملك للاعراض ، فان تبدل قصده الى الاختصاص كان كذلك كما اذا خيم في مكان بقصد سكناه أبداً مثلا ، ثم قصد ان يخيم في مكان آخر تاركاً ذلك المكان .

وذلك لانه اعراض ، وان بقي الاختصاص مادام يريده ، اذ له ان يعرض عن الملك بدون قصد الاختصاص أيضاً ، فاذا ازال حيوان أو انسان أو ريح خبائه جق لغيره الاستيلاء على ذلك المكان ، بل لو أزالها بنفسه و لو غصبا بالتصرف في ملك الغير كان كذلك ، اذ الحرمة التكليفية لاتستلزم الوضع بحرمة ذلك المكان .

ومنه يعلم ، العكس وهو ما اذا قصد الاختصاص أو لا ؟ ثم قصد الملك فالصور هي : قصد الملك ابتداءاً ، و استمراراً ، وقصد الاختصاص كذلك ، أوقصد الملك ابتداءاً ثم الاختصاص استمراراً ، وعكسه ، وقصد الملك ثم زواله

وقصد الاختصاص ثم زواله .

و لو قصد الاستملاك أو الاختصاص لغيره فالظاهر اشتراط رضى ذلك الغير في تملكه ، أو الاختصاص له ، لانه لو دخل في ملكه أو اختصاصه بدون رضاه كان تصرفاً في سلطنة الغير ، ومن المعلوم ان معنى كون الناس مسلطين على أنفسهم و أموالهم[1] انه لايدخل ، ولايخرج من ملكهم الا ماشائوا ، الافيما اذا كان هناك دليل خاص يخصص عموم دليل السلطنة ، أو يقيد مطلقة ، كما ورد الدليل في الابراء ، وان لم يكن برضى المديون، لكن يمكن تقييدبرائة ذمته بما اذا لم يكن الابراء حرجاً عليه نفسياً لعدم تحمله المنة أو ضرراً كما اذا كان الظالم لايأخذ ضريبة من المديون ، فاذا لم يكن مديوناً أخذ منه مالا ظلماً ، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في [كتاب الضمان] من الشرح فراجعه.

و لو قصد المحيي ، أو السابق المحجر المسجدية صار مسجداً كما في نص من سوى احجاراً في طريق مكة .

ثم انه لو اختلف العرف زماناً بأن كان سابقاً يرون العضد للشجر مثلا أحياءاً ، ولايرون الان ، أو بالعكس ، فالظاهر التبعية لهم ، وكذا في السبق ، وكذا لو اختلفوا مكاناً بان رأوه في البلد الفلاني سبقاً دون البلد الاخر، وذلك لان الحكم يتبع موضوعه ، و قد ذكروا مثل هذه المسألة في باب الربا اذا عده العرف في بلد لم يكن فيه ربا ، و اذا كاله أو وزنه في بلد آخر كان ربا .

ثم ان من السبق تسليط المياه الكثيرة على الارض لاجل ان تجعلها حلوة بعد

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

ان كانت سبخه ، و لو قصد الاحياء للحظيرة ثم تبدل رأيه الى بناء الدار أو بالعكس لم يضر التبدل لصدق من سبق ومن أحيى اذا أحياه ، كما اذا صنع بيوتاً للاغنام ثم صار نظره سكناه .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في بعض ما ذكره الشرائع قال : والمرجع في الاحياءالى العرف لعدمالتنصيص شرعاً ولغة، وقد عرف انهاذا قصدسكنى أرض فاحاط ولو بخشب أو قصب أو سقف يمكن سكناه يسمى أحياءاً ، وكذا لو قصد الحظيرة فاقتصر على الحائط من دون السقف ، وليس تعليق الباب شرطاً ، و لو قصد الزراعة كفى في تملكها التحجير بمرز أو مسناة ، و سوق الماء اليها بساقية أو ما شابهها ، و لايشترط حراثتها ولا زراعتها ، لان ذلك انتفاع كالسكنى .

ولو غرس أرضاً فنبت فيها الغرس وساق اليها الماء تحقق الاحياء وكذا لو كانت مستأجمة فعضد شجرها واصلحها ، وكذا لو قطع عنها المياه الغالبة وهيأها للعمارة ، فان العادة قاضية بتسمية ذلك كله احياءاً لانه اخرجها بذلك الى الانتفاع الذي هو ضد الموات ـ انتهى .

ومن أراد التفصيل فليرجع الى المسالكوجامع المقاصد ومفتاحالكرامة والجواهر .

ثم لو صنع في العشب غرفة لاجل النظر الى عشبه أو الى غنمه منهناك ثم بعد اليبس تركها و ذهب ، فان قصد الرجوع اليها كانت الغرفة له و يحق لغيره الاستظلال بظلها خارجاً وداخلا ان علم عدم مانع للمالك عن دخولها وان علم المنع لم يجز.

ولايقال : انه أي ضرر على صاحب الغرفة ، اذ الممنوع من جهة انهملك الغير وليس الضرر مدار الحكم كما اذا ترك داره في الصيف وأرادسكناها

بعد ذلك فلا يحق لاحد دخولها ، وان شك في انه هل يحل سكناه أم‌لا ؟ فان كانت قرينة على أحد الامرين فهو والا لم يجز ، لانه من التصرف في مال‌الغير من دون علم برضاه ، فليس قولنا بعدم الجواز من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

ومن ذلك يظهر حال المقاهي في الطرق وما أشبه ذلك وحال تركها في الليل واشغالها في النهار ، وحال تركها في الشتاء واشغالها في الصيف ، أما التصرف في كراسيها وما أشبه ، فان علم الرضا ولو بالقرينة جاز والا لم‌يجز ومن يسلط النورعلى مكان فى الارض المنبسطة لانتفاعه‌بزواره ومشتريه‌يكون قد سبق الى مكان النور فلا يحق لاحد استعماله لانه خاص به ، و ان لم يصر ملكه .

أما وقت عدم النور فيذهب اختصـاصه و لاحق لاحد فى ان يستغله قبل الاضائة ليلا بحجة انه سبق ، اذ اضائة المكان كل ليل سبق عرفاً بالنسبة الى الليالى الاتية ، وسيأتى فى مسألة السبق الى مكان من السوق ما ينفع المقام .

و حيث قد عرفت ان السبق والاحياء يحتاج الى القصد فلو اطار الريح حبة فنبتت فى‌مكان مباح بدون قصد صاحبهالم يملكه ولم يكن أحق به،حيث لم يتحقق القصد ، فاذا اكل زرعه حيوان او احترق أو قلعه غاصب جازلغيره السبق الى ذلك المكان .

ومنه يعلم ، انه لو دخلت‌ماشيته مغارة أو بركت فى صحراء بدون قصده السبق اليه لم يملكه ولم يختص به ، ولو لم يعلم هل كان ذلك بقصده أم‌لا ؟ ولم تكن قرينة فالاصل عدم السبق ، ولو شرع فى أحياء قرية خربة أو كري نهر خراب تركه أهله كان سبقاً بقدر قصده ، بالنسبة الى كل القرية ، أو الى

بعضها ، ولو قصد الكل لكن لم يكن فى طاقته ، أو فى حصته ـ بأن كان هناك محتـاجون آخرون فلم يشمله [لكم] بالنسبة الى كل القرية كان سبقاً بالنسبة الى حصته، أوقصده فلا يحق للاخر مزاحمته ، ثم ان ما يستخرجه من الجواهر ونحوها عن تلك الخربة لها حكم الكنز واللقطة على ما ذكروه فى كتـابى الخمس واللقطة .

ولو سبق الى خربة لاستخراج آجرها لم يكن سبقاً الى أرضها ، و انما الى آجرها فقط فحال الارض حال حريم القرية بالنسبة الى مرور القوافل وما أشبه على ما تقدم .

ولو نصب ماكنة على المياه القذرة لتصفيتها كان سبقاً بالمقدار الذي يراه العرف بشرط ان يكون بقدر الطاقة وقدر الحق، فاذا نصب على البحر الميت لم يكن سبقاً بالنسبة الى كل البحر، وان كان في طاقة ماكنته استخراج كل مافيه من المواد النافعة ، لانه أكثر من الحق وحكم الاحجار الاثرية التي تستخرج من المدن الخاوية حكم ذلك .

فصل

فى المنافع المشتركة

وهي الطرق والمساجد والمشاعر كعرفات والوقوف المطلقة كالمدارس و الربط والخانات والحسينيات والمقابر والمساكن العامة والمستشفيات والمستوصفات ومواقف السيارات ومحل الاستراحة في الاسواق والمطارات ومحطات القطارات والموانى والساحات والحدائق العامة والجسور ومدن الحجاج ومأأشبه ذلك كمخازن المياه العامة، وفيه مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) كل مكان فى الارض ظاهرها أو باطنها، أوفي البحرظاهره أو باطنه، أو فى الجو :

أما ان تكون مملوكة لشخص عيناً أو منفعة لان صاحبها اباح منفعتهاله أو مملوكة لجماعة عيناً أو منفعة، أو موقوفة لهم وقفاً شرعياً، أو محبوسة على الحقوق العامة كالطرق، أوالخاصة كالمدارس، أوباقية بعد على أصلهاكالموات من الارض ، وكالبحار ، والاجواء ، أو كانت محياة ذاتاً بدون ملك أحد مثل الغابات ومحلات الاعشاب الجميلة، ومأأشبه .

قال في محكى التذكرة : كل رقبة أرض، فاما ان تكون مملوكة، منافعها تتبع الرقبة فلمالكها الانتفاع به دون غيره الاباذنه بالاجماع ، وأما ان لاتكون مملوكة فأما ان تكون محبوسة على الجقوق العامة كالشوارع والمساجدوالربط أو تكون منفكة عن الحقوق الخاصة والعامة ، وهى الموات ، وقدتبعه فى ذلك المسالك ونقله عنه مفتاح الكرامة والجواهر، ولايخفى ان الاستدلال بالاجماع وحده من باب المثال والا فهناك أدلة اخرى ، كما ان الاقسام والاحكام من باب المثال لا انها حاصرة .

والظاهر ان الخاص بجماعة خاصة لهم بيعها ونحوه اذا لم يكن مانع مثل الطرق غير النافذة والمانع ماكان وقفاً لهم كالمدرسة والحسينية .

والعام للعموم اذا اجتمعوا على البيع ونحوه كان لهم كماتقدم فى الطرق العامة لأهل المدينة، فان لهم استبداله وبيع السابق، لان الحق لايعدوهم ، اذا لم يكن مستطرقاً لسائرمن في خارج المدينة والاعم الحق لهم، نعم الظاهر ان لهم الاستبدال بغيره بما لا يضر المستطرقين من الخارج .

وبماتقدم ظهر ان قول الجواهر: ومقتضى قول التذكرة عدم ملك المسلمين لها على نحو ملكهم للمفتوحة عنوة، وربما يترتب على ذلك غيره كالبيع ونحوه من الحاكم لو اقتضت مصلحة لذلك ــ انتهى .

لاخصوصية له ، بل غير الحاكم في الخاص والعام حاله حال الحاكم ــ على ماعرفت ــ اذا لم يكن محذور كالوقف ونحوه .

(مسألة ـ ٢ ـ) الطرق وفيها امور :

الاول: قد تقدمت مسألة ازالة الطريق ، أوتضييقه وتوسعته ، أو جعل جسر عليه، أونقب تحته، أومد الانبوب في داخله .

أما الاولان : فجائزبرضى جميع من له حق فيه ولايجوز بدون رضى أي منهم .

وأما الثالث : فالتوسعة ان كانت غيرضارة بالذين على طرفيه جائزة ، كما اذا كان الطريق في الصحراء ، وان كانت ضارة ، كما اذا استلزم هدم الدور والدكاكين ونحوهما لوحظ الاهم والمهم ، فاذا فعل ذلك كان على الحاكم اعطاء بدله جمعاً بين الحقين .

أما جعل الجسر لمصلحة الطريق والنقب كذلك فجائز، لانه لادليل على المنع، بل لزوم مراعاة المصلحة يعطي جواز ذلك الحاكم لماذكرناه في كتاب [الفقه : السياسة] وغيره من لزوم قيام الحاكم بمصلحة البلاد والعباد .

وأما مد الانبوب، فالظاهر ان للانسان ذلك اذا لم يضربالطريق، اذ لادليل على المنع فأدلة الحلية العامة شاملة له ، فكيف بما اذا كان لمصلحة الطريق كجر مياهه أو الناس كمد انابيب الماء واسلاك الكهرباء وماأشبه .

ثم المد الموجب لتخريب الشارع موقتاً يلزم ان يلاحظفيه تقدير الضرورة بقدرها ، فاذا امكن تنصيف الشارع واصلاح كل نصف نصف قدم على سد الطريق .

الثاني : الاستطراق المتعارف ، ولاشك في جوازه ، بل الطريق وضع لذلك .

قال في الشرائع: أماالطرق ففائدتها الاستطراق والناس فيها شرع فلايجوز

الانتفاع فيهـا بغيره الا ما لا يفوت به منفعة الاستطراق كالجلوس غير المضر بالمارة .

قال في الجواهر: لاجماع الناس عليه في جميع الامصار ،كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة .

أقول : وقد صرح بذلك القواعد والتذكرة والتحرير والدروس ومفتاح الكرامة وغيرها على ماحكى عن بعضهم، واستدل لذلك بالادلة الاربعة ، مثل قوله سبحانه : «وتقطعون السبيل» حيث دل باللازم على حق الناس .

ومثل ماتقدم من الرواية حول الطريق والاجماع عليه مسلم والعقل يقتضي ذلك، هذا بالاضافة الى الضرورة والسيرة وغير ذلك .

ثم ان المراد بالاستطراق اعم من المشي والركوب بأقسامهما، وانزاحم مشيه مشي غيره مثل مشي الأعرج والمقعد سواء بالنسبة الى نفسه، أولما يحتاج اليه مثل مركبه ودابته واثاثه وماأشبه .

الثالث : الاستطراق غير المتعارف مثل الركض والسير البطيء الضارين بالمارة وماأشبه ذلك من حيث الكيف ، ومثل الكثرة غير المتعارفة من حيث الكم ، كما اذا كان أهل قرية يمرون من ثلاث شوارع فصار بنائهم ان يمروا من شارع واحد منها مما سبب ازدحامه فوق قابليته .

والظاهر عدم صحة كلا الامرين، اذ الضرر لايجوز، وليس مثل ذلك مما يستفاد من الدليل فلا يقاس بما اذاكان الازدحام طبيعياً حيث يجوز ، وان كان امراً حادثاً لنزوح جماعة من المهجرين، أومتضرري الحرب الى المدينة مثلا فان وضع الطرق كذلك، فحالها حال ماذا ازدحم على الدكاكين والحمامات وسائر المرافق بسببهم.

الرابع : الارتفاق بالطرق غير المضر بالمارة كالوقوف و الجلوس كما تقدمفي عبارة الشرائع ولذا قال العلامة في القواعد: وفائدة الطرقالاستطراق والجلوس غير المضر بالمارة .

وقال في مفتاح الكرامة: ان الفائدة الثانية للطرق الوقوف لانه من مرافق التردد، لان الماشي قد يحتاج الى الوقوف لكلام، أو انتظار رفيق، فهو من موضوعات الطريق.

وعلى هذا، فلا بد ان يحمل كلام العلامة في الارشاد حيث قال: لايجوز الانتفاع بالطرق في غير الاستطراق الا بمالايفوت معه منفعتم ، على غير مثل ذلك، فان فوات بعض المنفعة اذا كان من موضوعات الطريق لم يكن خلاف ماوضع عليه الطريق حتى يحرم.

الخامس: الارتفاق غير المتعارف ثابتـاً كأخراج السقف، الموجب لمنعه الهواء والنور ونحوهما ـ ولو كان المنع قليلا ـ أوغير ثابت كالوقوف الضار واخراج دكة من دكانه اليه، أو وضع اثاثه، حيث يكون فوق المتعارف ، أو وقوف السيارات على الطرق مما يزاحم المارة، أوالسيارات العابرة أوماأشبه ذلك وهذا غير جائز، لان الطريق لم يبن عليه، فيشمله دليل لاضرر ولا حرج وما أشبه.

والظاهر ان من ذلك الوقوف امام الدكاكيـن مما يضر بهم فيما لم تجر العادة فلهمالحق فيالمنع بخلاف ما اذا جرت العادة حيث ان دليل لاضرر لا يشمله والطرق لمتوضع على خلافه فالمرجع في ذاك العرف .

السادس: في القسم المحرممن الارتفاق يمنع عنه الحاكم ويصحللافراد النهي عن المنكر، والظاهر انه اذا لم ينفع مجرد المنع حتى بالتـعزير صح

للحاكم جعل عقوبة الغرامة والسجن من باب النهي عن المنكر، كما ذكرناه في كتاب [الفقه: كتاب الحدود والتعزيرات، والحكم في الاسلام] ونحوهما لكن اللازم ملاحظة كون الضرورات تقدر بقدرها، اذ هو ضرورة كما يلزم ملاحظة ان الحدود تدرء بالشبهات بالنسبة الى الجاهل ونحوه .

السابع: لو أفرط في وضع شيء في الطريق أو جلس أوحفر بئراً ، أو وقف فعثر به أعمى، أوفي الليل المظلم أوماشبه أوسقط فيه فأنكسر، أومات أوجرح كان ضامناً لانه سبب وان كان فعله صدر عن جهل أوغفلة لان الضمانات لاتتوقف على العلم، حيث اطلاق أدلتها الشاملة للعلم والجهل والغفلة، فمن اتلف مال الغير فهو له ضامن .

وقد ذكرنا بعض هذه المباحث في [كتاب الديات] وغيره، وفي المسألة روايات خاصة وأقوال الفقهاء، كما لاتخفى على من راجع الجواهر ومفتاح الكرامة والمسالك وغيرها هنا وفي كتاب الديات وغيرهما.

الثامن: انه يكفي ان يكون الحكم في ان الجالس تعدى على العاثر ، أو ان العاثر تعدى على الجالس ثقة واحداً ، لانه موضوع فيكفي فيه ذلك ، قال عليه السلام: والاشياء كلها على ذلك الا ان تستبين أوتقوم به البينة.

نعم، الاحتياط في العدد والعدالة، وقد ذكره الشيخ المرتضى [ره] لكن في الدليل على ذلك نظر كما ذكرناه في موضعه وكذلك الحال في تعثرنفرين بالاخر، أوسيارتين أودابتين أوماأشبه.

التاسع: يحق للدولة مد الخطوط لاجل العبور أوالسرعة والبطء في آلات المواصلات أوجعل الارصفة للمارة أوماأشبه ذلك اذاكان من المصلحة وجعل العقاب لمن خالف كما تقدم ، فان كانت دولة اسلامية صحيحة حرم

مخالفتها والا لم تحرم المخالفة لعدم وجوب اطاعتها .

نعم ، الواجب على القاعد والمار ونحوهما اجتناب الاضرار بالاخرين، وان كان محتملا اذ لايجوز ارتكاب محتمل الضرر كما ذكروا في مسألة الصوم المحتمل ضرره والغسل المحتمل ضرره، فان لاضرر اذا عرض على العرف يفهم منه حرمة الاضرار المقطوع به والمحتمل احتمالا عقلائياً، وان كان دون الشك مثل أربعين في المأة مثلا.

العاشر: قال في الجواهر: ومنه مايحتاج اليه من كان باب داره الى الطريق من ادخال الاحمال والدواب ونحوهما باعتبار ان ذلك كله من توابع استطراقه أما اذا لم يكن كذلك، بل كان مرفقاً ، لامن حيث الاستطراق كالجلوس للبيع نحوه فلا ريب في تقدم حق الاستطراق عليه عند التعارض .

أقول: أما الاول: فلانه من ماوضع له الطريق .

وأما الثاني: فلانه لم يوضع له الطريق، فاذا زاحم قدم حق الاستطراق.

الحادي عشر: لو سبب المار كالسيارة خراب الطريق لثقلها مثلا، فان كان بالقدر المتعارف لم يضر ، حيث ان الطريق يخرب تدريجياً فلا يشمله أدلة الضمان لانصرافها عنه ، ومثله مايستلزم خراب الدار الموقوفة والمسجد من العبور والمرور والكتاب الموقوف على الطلاب الى غير ذلك .

وأما اذا كان بالقدر غير المتعارف كان الضمان لدليل على اليد وماأشبه.

الثاني عشر: يأتي بعض المباحث السابقة في الطرق البحرية والجوية، حيث ان فيهما طرقاً للسفن والطيارات والغواصات والاقمار الصناعية وماأشبه كما ان الاستطراق في خط القطار والشارع المعد لسرعة السيارات والشارع

في غير الخط المعد لعبور المارة لها أحكامها، فاذا عبرفي غير الخط الابيض مما سبب عطبه كان هدراً ، وكذلك اذا مشت السيارة بطيئاً في الشارع السريع أوعبر من خط القطار الموجب لارتطامه بالقطار ، أو في الشارع المعد لنزول الطيارة وصعودها حيث السرعة بل وكذا اذا تعمد العبور في مواضع الازدحام ويمكن ان يستفاد الأول من ماورد في من قال حذار ثم رمى .

فقد روى الكليني [ره] عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان صبيان في زمان علي عليه السلام يلعبون باخطار لهم فرمى أحدهم بخطره فدق رباعية صاحبه فرفع ذلك الى أمير المؤمنين عليه السلام فاقام الرامي البينة بأنه قال: حذار فدرء عنه القصاص، ثم قال عليه السلام: قد أعذر من حذر[1] كما يستفاد الثاني من القاعدة بانه هو الذي اقدم على الضرر .

أما ما رواه الكليني، عن مسمع، عن أبي عبد الله عليه السلام : ان أمير المؤمنين عليه السلام قال: من مات في زحام الناس يوم جمعة ، أويوم عرفة، أوعلى جسر لايعلمون من قتله فديته من بيت المال.

ومثله رواية السكوني ، عن جعفر عن أبيه عليهما السلام، وزاد فيها : أو عيداً أوعلى بئر[2]، فأما ان يحمل على ماذا لم يكن هو السبب باقدامه فيكون طبق القاعدة، حيث لا يبطل دم امرء مسلم[3]، أويقال : ان الشارع قدم احترام الدم على القاعدة، والكلام في ذلك موكول إلى باب الديات .

أما ماروا ابن زرارة ، وأبو بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام قالا:

---

(١) الكافي : ج ٧ ص ٢٩٢ ح ٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٤ الباب ٢٣ من موجبات الضمان ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٥٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ١ .

سألناه عن الجسور ايضمن أهلها شيئاً ؟ قالا: لا.[(١)]

ومثله غيره فهو مقتضى القاعدة، اذ لاضمان على صاحب الجسر.

نعم اذا كان هو السبب بان علم خرابه فلم يصلحه مما سبب عطب انسان أو دابة أوماأشبه، فهو ضامن، حيث ان السبب أقوى من المباشر ، الى غيرها مما يأتي في كتابي: [القصاص والديات] .

الثالث‌عشر: اذا خرج اختيار السيارة عن يد الانسان فقتل انساناً أوعطب بسببه حيوان أوماأشبه كان على السائق اذاكانت السيارة معرضاً لذلك فلم يصلحها والا فعلى عاقلته لانه من قتل الخطاء ونحوه .

ولو مات السائق اواغمي عليه وقتل بعد ذلك كان في تركته وماله اذاكان تفريطاً منه ومثله اذا وضع متفجرة ومات ثم قتل أوأغمي عليه ثم قتل لانه من قتل العمد، ومثله اذا جرحه جرح موت ثم مات قبل ان يموت المجروح، وان لم يكن تفريطاً كان على العاقلة ان سمى قتل الخطاء والا كان هدراً ، أوفي بيت المال من باب لايطل ومحل الكلام في ذلك الكتابان السابقان.

الرابع عشر: قد تقدم على ان للحاكم الاسلامي حق جعل قوانين للمرور لان الحاكم موضوع لمصلحة العباد والبلاد، وذلك من أهم المصالح ، ومن خالف فعليه العقاب ويحق له جعل عقوبة السجن أو الغرامة أوالحرمان عن المرور مدة أوتوقيف سيارته أوالقائها في مكان بعيد أو مجهول أوما أشبه مما يدخل تحت كلي الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقد ذكرنا ذلك في كتابي [الحكم في الاسلام والسياسة] وغيرهما فراجعها .

---

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ١٩٤ الباب ٢٣ من أبواب موجبات الضمان ح ٢ .

وتحرم مخالفة الحاكم الاسلامي في هذه الامور لانه ردعليه فهو كالردعليهم كما اذا وضع علي عليه السلام القانون أو مالك الاشتر مثلا .

أما اذاكان واضع القانون الحاكم غير الاسلامي لم تحرم مخالفته نعم اذا كان احتمال الاضرار بالنفس أوبالغير لم يجز.

الخامس عشر: الظاهر انه لايحتاج لاكتشاف المخالف في امور المرور الى شاهدين عادلين، بل يكفي ثقة واحد، لاطلاق أدلة حجية الخبر الواحد، وقد تقدم الاستدلال لذلك برواية مسعدة فأن القدر الخارج عن ذلك هو موضع المنازعات، فقد قال صلى الله عليه و آله وسلم : انما أقضي بينكم بالبينات و الايمان.[1]

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٥١٨ كتاب الدعوى والبينات .

(مسألة ـ ٣ ـ) اذا قام الجالس في الطريق غير المضر بالمار بعد استيفاء غرضه، وعدم نية العود بطل حقه، ولوعاد اليه بعد انسبق الى مقعده غيره لم يكن له الدفع ، أما لوقام قبل استيفاء غرضه لحاجة ينوي معها العود قيل كان أحق بمكانه، هذا كلام الجواهر مازجاً مع الشرائـع، ثم قال الجواهر: اطلق غير واحد عدم بقاء حقـه سواء استوفى غرضه أو لا ؟ وسواء كان له رحل أو لا ؟ وسواء كان مع نية العود أو لا؟ وسواء كان الزمان طويلا أو لا ؟ وسواء اذن الامام أو لا؟ ـ انتهى.

والذي ينبغي ان يقال: ان الجالس في الطريق قد يكون قد استوفى غرضه وقد لم يكن استوفى غرضه فان كان الاول ويزاحم مصلحة الطريق سقط حقه وحق لغيره ازاحته، وان كان الاول ولم يزاحم مصلحته لم يسقط حقه ولم يجز ازاحته وان لم يكن استوفى غرضه لم يسقط حقه ولم يجز ازاحته فالصور ثلاث:

فالاولى: يحق ازاحتـه، لان الطريق وضع لمصلحة الطريـق، وفي هذا الاطار يصح الانتفاع به فحيث كان الجالس مزاحماً ولم يكن له غرض كان حق غيره فاذا لم يقم بنفسه حق ازاحته .

والثانية: لايحق ازاحته لانها تصرف في الغير بدون وجه ، فدليل سلطنـة الناس على أنفسهم محكم .

والثالثة: لايحق ازاحته لانه سابق وله حق السبق، فيشمله دليل السبـق و كون انسان آخر له حاجة لايسبب تقديم حاجة الثـاني على الاول، ولو كان غرض الثاني أهم، الا اذا كان الثاني علم أهميته على سبق الاول فيقدم، لقاعدة الاهم والمهم، مثل ذلك مثل العبور في الطريق ، حيـث ان الثاني لايحق له ازعاج الاول بزحزحته لانه يريد الاسراع الا اذا كانـت قاعدة الاهم والمهم

محكمة، مثل مرور سيارات الاسعاف، حيث تكون لاجل مريض خطر ونحوه ولذا يجب افساح المـجال لها والاكان محرماً.

وكذا يحرم عليها ازاحة الاخرين اذالم تكن مستعجلة لان ازاحة الاخرين حينئذ غصب لحقوقهم ومثل الاسعاف كل أمر مستعجل شرعاً كما اذاكان تشييع يخشى من بطئه تعفن الميت وهتكه .

أماازاحة الناس لاجل مرور شخصيةاوركب أوماأشبه فلا يجوز الابرضى المارة، لانه غصب لحقوقهم، وكذا في الطواف، وفي الحضرات المقدسة و ماأشبه، والظاهر انه ليس منه التقدم على الاخرين في الصف لاجل الاشتراءو نحوه، وان كان خلاف موازين الاخلاق، ولايعلم ان لا يتوى يشمل مثل ذلك، حيث لايعلم انه حق عرفاً حتى يشمله الدليل .

نعم، فيما اذا عد حقاًكانت الازاحة للسابق حراماً،كما اذا اجتمعوا لمتح الماء من البئر فيتقدم على غيره، والفارق ان في الشراء يدور الامر بين البائع والمشتـري وكلاهما راضيان، أما في المتح ، فللسابق حق السبق الى المباح فيشمله من سبق وكذا بالنسبة الى الدخول فى المراحيض العامة لاجل التخلي وماأشبه ذلك .

نعم ، لوشك في انه هل يحق للسابق أملا ؟ لايمكن التـمسك بلا يتوى، لانه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية .

هذا بعض الكلام في ماذا سبق الى الجلوس في مكان من السوق أوالمباح أما اذا وضع رحله وذهب وهو يريد العود ولم يكن لرحله أكثر من حقه، كما اذا أخذ مكان نفريـن في مسجد مزدحم ، أما اذا لم يكن مزدحماً ، فهل يحق لانسان آخر ازاحة رحله الزائد أملا ؟ احتمالان، من انه تصرف في ملك الغير

ومن انه أذهب احترام مال نفسه بجعله في مكان لاحق له، فهو مثل ما اذا فرش فراشه في الشارع ، حيث لم يمنع ذلك عن بقية الطريق ، فأنه يحق للمارة المرور من عليه، لانه هو الذي أذهب احترام مال نفسه.

وكيف كان فلوضع الرحل صور:

الاولى: الزائد عن الحق، فمع كونه مزاحماً لاحق له، ومع عدم كونه غير مزاحم فيه احتمالان .

الثانية: غير الزائد عن الحق، ولايريد العود فيسقط حقه .

الثالثة : غير الزائد عن الحق ويريد العود ، فان كان الثاني أهم قدم على ذي الرحل ، كما تقدم في مثل الاسعاف في مسألة المرور، وان لم يكن الثاني أهم فان كان ذوالرحل استوفى غرضه قدم الثاني لماسبق في من استوفى غرضه ـ في مسألة الجلوس ـ وان لم يكن استوفى غرضه كان الحق للاول لدليل من سبق ونحوه، ولايخفى ان من الرحل في بعض المواضع اجلاس الولد ، كما في غرف الخانات وماأشبه، حيث يصدق عليه انه سبق ونحوه .

ثم اذا ازاح اللاحق الذي لاحق له السابق الذى له حق ، فهل للسابق ازاحته والرجوع الى مكانه الظاهر ذلك، لانه حقه، ولايتوى حق امرء مسلم ، ولذا كان المركوز في اذهان المتشرعة انه بازاحته المعتدى رجع الى حقه .

ومنه يعلم، ان ماعن التذكرة من انه لودفعه عن مكانه اثم ، وحل له مكثه فيه وصار أحق من غيره به، لم يظهر وجهه، وان أيده الجواهر.

ثم انه اذا وضع رحله وذهب ليرجع مماهو حقه، فالظاهر جواز الجلوس

من غير تصرف في رحله مدة غيابه ، كمالايجوز التصرف في رحله .

أما الاول : فللاصل .

وأما الثاني : فلعدم جواز التصرف في ملك الغيربغير رضاه ، وهل يبطل حق الجالس اذا ذهب وأراد العود بدون وضع الرحل؟ الظاهرذلك اذا كانت المدة طويلة، والاكان له الحق .

الاول: لان العرف لايرىله حقاً، فلايشمله لايتوى[1] ومثله .

والثاني: فلرؤية العرف انه حقه ، ولذا اذا قام من مكانه في صلاة الجماعة ليرجع تربته المزاحة فجلس آخر مكانه ، يقول الناس له : لاتجلس هنا، فانه مكان فلان .

ومن‌هنا يعلم، ان قول‌القواعد وفائدة الطريق‌الاستطراق غير المضربالمارة فاذا قام بطل حقه ، وان كان بنية العود قبل استيفاء غرضه فليس له دفع السابق الى مكانه، غيرخال عن النظربالنسبة الى‌قوله: [بطل] وان قال في‌مفتاح الكرامة توافقت على ذلك فتوى المبسوط والعلامة في كتب اخرى له ، والمحققين والشهيدين في جملة من كتبهما، ومجمع البرهان والكفاية .

كماظهر وجه النظرفيما ذكره أيضاً انه اطلق في‌جملة من الكتب بطلان حقه بحيث يتناول صورة بقاء رحله ، بل في بعضها التصريح بذلك .

ثم انه لوازاحه وجلس مكانه في السوق، أو ازاح رحله وجلس مكانه هل يضمن له مالا لقاعدة لايتوى ، وللمناط في وجود الارش حتى في الغمز، كما ذكرناه في [كتاب الديات] أم لا ؟ ذهب الجواهرالى الثاني قائلا: انه لايدخل

---

(١) العوالي : ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦ .

في موضوع الغصب ، ولايترتب عليه ضمان ضرورة عدم كونه من الاموال أو الحقوق المالية، فهي لاتزيد على حرمة الظلم بدفعه عن مكانه، وبالتصرف برحله الموضوع في مكان كان يجوز له وضعه فيه، قال: وهذا وان كان قد ينافيه لفظ الحق والاحق في كلامهم، بناءاً على انسياق المعنى الزائد عن الظلم منه، لكن بمعونة عدم ذكر اللفظ المزبور هنا في شيء من النصوص المعتبرة ومعلومية عدم انتقاله للغير بالصلح ونحوه، يقوى ارادة عدم جواز دفع أحد له عن المكث فيه ، وان كان هو بالاصل مشتركاً بين الناس ـ انتهى ملخصاً .

والمسألة بعد بحاجة الى التتبع والتأمل، ويأتي مثله الكلام في المنع عن المرعى بأن جعل لنفسه الحمى مع الاحتياج اليه من سائر الناس بحيث لو لا الحمى لانتفعوا به، فاذا تمكن العادل من ارجاع الامور الى مجاريها، واباحة ماحماه هل يضمن المانع مافوت على المحتاجين ؟ فيه وجوه :

الاول: ان عليه ذلك، لان الارض وضعت للانام، وخيراتها [لكم] فالمانع حاله حال ماإذا منع الحرعن العمل، أو حجرعلى متاعه، أو أرضه فلم يتمكن من الاستفادة منه، فانه بقدر ضرره يكون ضامناً، أما لدليل لاضرر من جهة انه يدل على الحكم أيضاً بالملازمة ،كما لم نستبعده ، ويؤيده أمر الرسول صلى الله عليه وآله وسلم مستنداً الى لاضرر بقلع شجرة سمرة، أومن جهة انه مقتضى لايتوى[1] والناس مسلطون[2] وماأشبههما، أومن جهة انه عقلائي، والشارع لم يردع عنه، بل هو مشمول لقاعدة الملازمة بين حكم العقل والشرع ، حيث ان ذلك في سلسلة العلل .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

الثاني: انه ليس عليه من باب قاعدة البراءة بعد تضعيف الأدلة السابقة .

الثالث : التفصيل بين ماذا استفاد الحامي فعليه اعطاء البدل، وبين مالم يستفد فليس عليه شيء .

لانه فى الاول : أخذ حق الغير ، وليس كذلك في الثاني للبرائة ، فحال الاول ، كما اذ اكان صيادون يصيدون كل يوم بقدر يعيش نفسه وأهله فبـادر أحدهم فى يوم مافصاد كل حصة الاخرين، حيث احتاجوا الى القرض ، فانه مسئول عن ذلك لانه أكل وحده ما [لكم] .

والاقرب الاول ، لكن لايخفي ان ذلك انماهو اذا فعل ذلك الحامي في دولة اسلامية قائمة ، أما اذا فعل قبل دولة اسلامية قائمة ثم قامت الدولة فهناك قاعدة ثانوية بامكان عفو الامام أو نائبه له، وذلك :

(١) لفعل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بأهل مكة، ولم يكن ذلك من باب الجب[1] لانهم لم يسلموا .

ولايقال : انه كان من باب ولايته صلى الله عليه وآله وسلم الخاصة ، اذ الاصل في أعمالهم وأقوالهم وتقريراتهم انها حكم شرعي، لانهم اسوة، ولولا ذلك الاصل تطرق احتمال الولاية في كل تلك، والتطرق يسقطها عن الحجية، وذلك خلاف بناء الفقهاء المستفاد من كلماتهم .

(٢) ولفعل علي عليه السلام حيث لم يتعرض لمافعله الاولون بالدماء والاموال والاعراض مع وضوح كثرة خطائهم وانحرافهم، واحتمال ان ذلك كان لاجل

---

(١) كنز العمال : ج ١ ص ١٧ الرقم ٢٤٣ ص ١٢٣ ح ١ .

ولايته عليه السلام الخاصة ، قد تقدم مافيه ، كما ان احتمال انه كان لاجل عدم قدرته يرده كون الامركان خلاف ذلك لقدرته المتزائدة من التفاف الثوارحوله، سواء في المدينة أوالبصرة أو الكوفة .

ثم الاصل الحجية الاماعلم خلافها ولاعلم ، والافلو اغمضنا عن الاصل تطرق هذا الاحتمال في كل أمثال تلك القصة ممايسقطه عليه‌السلام عن الاسوة وهو خلاف الظاهر المعمول‌به لدى الفقهاء .

ان قلت : فلماذا خطب حول قطائع عثمان ؟

قلت : أولا: لم يكن الانحرافات فقط في القطائع، أوبالنسبة الى عثمان فأين ذهبت قصـة مالك والمجزرة ؟ واين ذهبت قصص خلافة الثاني الى غير ذلك ؟

وثانياً : خطبته عليه السلام كانت تهديداً، بدليل انالم نظفر انه عليه السلام فعل أي ماهدد ، فهو مثل آيات جهاد المنافقين مع ان الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يحاربهم ولامرة، وفائدة التهديد عدم طمعهم بعد ذلك في مثل تلك الاقطاعات ، أو غير ذلك من المصالح ، بل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لم يسترجع ماغصبه المشركون من دوره ودور أصحابه وأموالهـم التي صادروها بعد ذهابهم الى المدينة، وعلي عليه‌السلام لم يسترجع فدك التي‌هي كانت لـه ولاولاده ، مع تمكنه من ذلك قطعاً ، والسر انهما عليهما السلام رأيا ان تشقيق الداخل بهذه الامور الجزئيـة اسوء بكثير من الاخـذ بالاحكام التي أهدرت قبلهما، فان انشقاق الداخل يحول دون تقدم المصلح الذي يريد فراغ باله‌للتقدم وكسب الارباح المعنوية‌الجديدة مماهي أكبر بكثيرمن جعل‌الامور في نصابهـا ، ولايخفي ان هذا وجه عقلي يأتي في كل دولـة اسلامية تقوم

من جديد ، بل كل دولـة عاقلة تريد البناء بفراغ البال ، بلـه ما اذا أرادت التقدم .

لايقال : فهل للامام ان يعفو عن القتلى والأموال المهدورة واصحابهـا حضور ؟

فانه يقال : نعم ، كما فعل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعلي عليـه السلام بالنسبة الى أول خلافته [1] ، وبالنسبة الى ماهدرت في البصرة والنهروان مع ان المتضررين مالياً وجسدياً واقربائياً كانوا حضوراً .

(٣) وللرواية المروية عن الامام الرضا عليه السلام . [2]

وكيف كان ، فالظاهر من دليل لايتوى ، ودليل من سبق .

والمروي عن الصادق عليـه السلام، عن أمير المؤمنين عليه السلام : سوق المسلمين كمسجدهم ، فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل . [3]

بل و من الفتـاوى المعبرة بلفظ الحق أو الأحق ـ الظاهر في الفضل ، الافضلية ـ ان كل آثار الحق مرتب على المكان السابق اليه جلوساً ، أو واضع فيه رحله بقصد الجلوس فيه ونحوه من صحة المصالحة عليه، بل وبيعه ان قلنا ان الحق يباع ، كما لم نستبعده في [كتاب البيع] و [الارث] اذا مات على نحو ما يستفاد عرفاً في ارث مثله من ان ولده الذي يريد الجلوس أحق ، لانه يورث كارث المال .

ولذا كان المركوز في اذهان المتشرعة انه اذا قال لولده : اجلس فيه حق

---

(١) الدعائم : ج ١ ص ٣٩٤ من باب قتل أهل البغي .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٦ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة ح ١ .

له بينما لايحق لغيره ، واذا مات ذوالبساط في السوق كانت الورثه احق بمكانه على حسب حصصهم ، الى غير ذلك من آثـار الحق و منـاقشة الجواهر في الروايات الواردة في السوق والمسجد باعتبار عدم الجابر لتلك النصوص على وجه يحصـل الوثوق بارادة المعنى الزائد من الظلم منه ، والفرض قصورهـا أجمع عن درجة الحجية ، غير ظاهر الوجه بعد استنادهم اليها على وجه يجبرها بالاضافة الى المركوز، ولايتوى ومن سبق وغيرها، اذ الدليل ليس الروايات فقط .

بل يمكن ان يتمسك لذلك بدليل الوقوف على حسب ما وقفها أهلهـا ، حيث ان مركوز الواقفين ذلك في أمثال الحسينيات و الاوقاف المشابهة .

ومنه يعلم ، وجه النظر في كلامه . حيث جعل نقل الرحل حراماً تكليفاً فقط فوضع الرحل احتيال للاختصاص بالمكان، لالان وضعه يثبت حقاً للشخص في المكان على نحو آثار التحجير ، فانه لم يوجد في شيء من النصوص اشارة الى ذلك .

اذ يرد عليه ان حق التحجير لا دليل فيه أزيد من الدليل في المقام فمـن اين الفرق بين السوق والتحجير حتى يكون في الثاني حق دون المقام وعليه فقوله : لو اطار الريح أو نقله ظالم له أو غيره فالمكـان على شركته الاصلية للغير المكث فيه والصلاة ، فالاشتراك باق ، وان حرم الدفع ونقل المتـاع و البساط، غير خال عن الاشكال .

ثم انه حيث تقدم صحة النيابة والاستنابة ، فاذا أخذ انسان مكاناً لانسـان آخر بوضع رحل نفسه ، أو رحل المنوب عنه فيه صـار حقاً للمنوب عنه اذا رضي أو استناب هو بنفسه ، فان الاعمال بالنيات .

نعم اذا لم يرض المنوب عنه لم يختص لا بالنائب، لانه لم يقصده لنفسه ولاللمنوب عنه لانه لم يرض، ولاوجه لدخول شيء ـ ولو الاختصاص والحق ـ في حوزة شخص، كما لاوجه لخروجه عن حوزة شخص بدون رضاه وارادته لان كليهما خلاف تسلط الناس على أنفسهم[1].

لايقال: فكيف يصح ابراء انسان عن دينه وارثه عن مورثه مع انه لم يرض بـالاول وبالثاني ـ اذا فرض عدم رضاه بهما ـ وكيف يلزم بتنفيذ الوصية و الولاية في ما وقف وجعله متولياً .

لانه يقال : أما الابراء فانه ليس تصرفاً في ذمة انسان ، بل هو اعراض عن الانسـان المبرىء عن ماله ، فهو مثل القاء متاعه في الشـارع ، حيث تنقطع صلة المتـاع به بالاضافة الى انا لانسلم حصول الابراء اذا كـان ذلك عسراً وحرجاً ـ على المبرء ـ بالفتح ـ كما أشار اليه صاحب العروة في بعض كتبه الاخيرة .

و أما الارث ، فهو ثبت بالدليل ، فهو تخصيص لكون الناس مسلطين ـ حيث ان القاعدة لها عقد ايجابي يدل على ان الانسان يحق له ان يتصرف في ماله ونفسه تصرفات مشروعة ، وعقد سلبي يدل على انه ليس لانسان آخر ان يتصرف في ماله ونفسه ولو تصرفاً مشروعاً في نفسه ـ .

وأما الوصية والولاية فلا نسلم بالزامهما الشخص بدون رضاه الا في وصية دل النص على لزومها على الانسان كالغائب والولد ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

في [الفقه : كتاب الوصية] .

وكيف كان ، فاذا قال زيد لعمرو : خذلي مكاناً في السوق فأخذ بوضع رحل هناك له اختص به لصدق من سبق بالنسبة الى المنوب عنه ، و اذا لم يقل ، وانما أخذه عمرو له ، لانه صديقه ، مثلا : اختص به ان رضى للصدق أيضاًوان لم يرض لم يختص لابه ، لانه ليس من سبق ولا بالاخذ، لانه لم يقصد انه لنفسه والسبق يحتاج الى القصد ، اذ بدونه لايسمى سبقاً كما تقدم فيباب الاحياء ، والله سبحانه العالم .

ثم الظاهر انه يجوز الانتفاع بالطريق بالمنافع التي لاتنافي طريقيته ، ولا تضيق على المارة بمختلف وسائلهم كالعربية والسيارة وغيرها، وعدم المنافات ليس بالنسبة الى المرور فقط ، بل بالنسبة الى الهواء والضوء و عدم تجمع العفونة وما أشبه ذلك ، لان كل تلك الامور أيضاً من حق الطريق ، كما ان المزاحمة يجب ان لاتكون حتى في بعض أوقات السنة ، مثل ايام الزيارات والازدحامات وما أشبه، فتكون المزاحمة في ذلك الوقت غير جائزة وانجاز ان يعمل في غير تلك الاوقات ما يرفعه في تلك الاوقات ، كل ذلك لاطلاق دليل حق الطريق المستفاد ممن سبق ـ حيث ان أصحاب الطريق هم السابقون ولاضرر ودليل الاحياء فيما لو أحياه أحد ، و دليل الوقف وانه على حسب ما وقفها أهلها اذا كان وقفاً ، الى غير ذلك من العمومات ، وخصوص السيرة والمركوزة في أذهان المتشرعة .

وما تقدم من حديث علي عليه السلام ، حيث ذهب لسدطغيان الفرات[1] ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ١ .

والمروي سابقاً عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بسند الجعفريات الى علي عليه السلام قال: أمر مناديه فنادى من ضيق طريقنا فلا جهاد له، وكأنه من باب انما يتقبل الله من المتقين.[1]

ولعله صلى الله عليه وآله وسلم قال: فلا جهاد له،[2] من باب ان المجاهدين كثيراً يزعمون انهم حيث يبذلون دمهم لا شيء عليهم في انتهاكم سائر الاحكام.

أما ما رواه الجعفريات بسند الائمة عليهم السلام الى علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: صاحب الناقة أحق بالجادة من الراجل والحافي أحق بالجادة من المنتعل[3] فكأنه أراد ان الراجل يتمكن من الانحراف ونحوه بما لا يتمكن منه الراكب، فاللازم له ان يوسع الطريق له، كما ان الحافي اذا مشى في المعثرات تتأذى رجله بخلاف المنتعل، فاللازم ان يفسح المنتعل للراجل، وهو أمر طبيعي يستفاد من وضع الطريق، فاللازم ان يوسع الاكثر قدرة للاقل قدرة، حيث اذا لم يوسع فقد أخذ حقه في الطريق اما اذا وسع فكلاهما يستفيد من الطريق.

ومنه يعلم، تقدم حق السيارة الكبيرة على الصغيرة والصغيرة على صاحب الدابة، وعلى الماشي، كما ان حق راكب الدراجة بين حق السيارة وحق الراجل فانه أضعف من الثاني، وأقوى من الاول وهكذا.

---

(١) المستدرك: ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٢.
(٢) المستدرك: ج ٣ ص ١٥١ الباب ١٢ من أبواب احياء اللموات ح ٢.
(٣) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٥ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ١.

أما ما تقدم في رواية علي عليه السلام من هدم الدكات فاما لمزاحمتها المارة أو لجهة نفسية ؟ حيث ان النساء مثلا يخجلن من المرور أمام الرجل، خصوصاً وان بعض الشباب يتعرضون لهن ، أو لمطلق المارة .

ولذا ورد في كتاب أبي سعيد باسناده الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انه قال: لعن الله وامنت الملائكة على رجل تأنث الى ان قال: ورجل جلس على الطريق يستهزء بابن السبيل.[1]

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه انه لابد وان يريد المبسوط في محكي كلامه ماذا كان الانتفاع بالطريق ضاراً، أومزاحماً قال : اذا سبق الى موضع كان أحق بـه من غيره، لان بذلك جرت عادة أهل الامصار يفعلون ذلك، ولا ينكره أحد غير انه لايجوز ان يبني دكة ولاينصب مستنداً ـ انتهى .

وانكان يمكن ان يريد بذلك الاطلاق، فيكون حال الطريق حال المسجد حيث لايصح بناء دكة فيه، وان لميضر المصلين، لانه خلاف الوقف، ويؤيده بل ربما يدل عليه جملة من الروايات :

مثل مارواه المفيد في الارشاد، عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليهالسلام قال [في حديث] : اذا قام القائم سار الى الكوفة وهدم بها أربعة مساجد ولم يبق مسجد على وجه الارض له شرف الا هدمها وجعلها جماً ، ووسع الطريق الاعظم، وكسر كل جناح خارج في الطريق ، وأبطل الكنيف والميازيب الى الطرقات فلا يترك بدعة الا ازالها ولاسنة الااقامها.[2]

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

وفي رواية الطوسي، عن أبي بصير ، قال (ع) : اذا قام القائم (ع) دخل الكوفة وأمر بهدم المساجد الاربعة حتى يبلغ أساسها ويصيرها عريشاً لعريش موسى عليه السلام، وليصير المساجدكلها جماً لاشرف لها، كما كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ويوسع الطريق الاعظم فيصير ستين ذراعاً ويهدم كل مسجد على الطريق وكل جناح وكنيف وميزاب على الطريق.[1]

أقول: الظاهر المرادبالمساجد الاربعة مابنيت فرحاً بقتل الامام الحسين عليه السلام ، ومن المحتمل انها تبني جديداً قبل زمانه عليه السلام ، كما ان من المحتمل اخراج اساسها كما يشير اليه الخبر الثاني.

وانـما تجعل المساجد عريشاً، لان ذلك أقرب الى مسجد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والى الروحانية ولعل ستون ذراعاً بيان السعة لا العدد مثل ان تستغفر لهم سبعين مرة، اذ الطرق تحتاج الى سعة أكثر من ذلك.

وكيف كان، فاللازم ، أمااطلاق فتوى الشيخ، وأما تقيـيد هذه الروايات بالضار المزاحم، والثاني أقرب لما في حديث علي عليه السلام المتقدم (وفيه اذى لهم).

ولما في رواية الدعائم، عن أبي عبد الله عليـه السلام، انه قال: من أراد ان يحول باب داره عن موضعه، أويفتح معه باباً آخر في شارع مسلوك نافذ، فذلك له الا ان يتبين ان في ذلك ضرراً بيناً،[2] وان كان في رائقة سكة غير نافذة لم يفتح فيها باباً ولم ينقله عن مكانه الا برضى أهل الرائقة ويؤيده استمرار السيرة في غير الضار.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥١ الباب ١١ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

وقدذكر جماعة من علمائناكالعلامة والشهيدين وغيرهم انه لابأس باخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة اذا كانت لاتضر بالطريق لاتفاق الناس عليه في جميع الاعصار والامصار، وقدكانت سقيفة بنى ساعدة وبني النجارفي المدينة المنورة في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم فلم يغيرهما،كماكان ميزاب العباس في مسجد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم، وانكان الاستدلال ببعض ذلك موضع اشكال .

ولذا قال في الجواهر: ان الاصل والسيرة القطعية يقتضيان جواز سائـر وجوه الانتفاع بالمنافع المشتركة اذا لم تعارض أصل المنفعة المقصودة منه الذي أعد لها باحياءالمحيي، أوبوقف الواقف، أوبتسبيل المسبل، أوبغير ذلك ـ انتهى .

ثم لواضطر الانسان الى الارتفاق المعارض لاصل المنفعة المقصودة جاز من باب الاضطرار، فانه مامن شيء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطر اليه.

نعم، يلاحظ الاضطرار واصل حق الطريق، اذ الاضطرار على ثلاثةأقسام: اضطرار يرفع الاحكام الشديدة، مثل الاضطرار الى أكل لحم الخنزير، فأنـه لابد وان يكون الاضطرارشديداً لمايستفاد منغلظة حرمةأكل لحم الخنزير، و اضطرار يرفع الاحكام المتوسطة مثل تشقق اليد من الماء، حيث يوجب التيمم أوالبرد الموجب للمسح على العمامة مثلا حيث يستفاد من دليلجوازهما كفاية الاضطرار ولو غير الشديد ، واضطرار يرفع الاحكام الخفيفة كنظر الطبيب الى وجه المرأة ـ على تقدير حرمته ـ لاجل علاجها منحمى خفيفة.

والحاصل: انـه تلاحظ قوة الحرمة وضعفها وتوسطها فالاضطرار الشديد

يرفع الاول والخفيف يرفع الثاني والمتوسط يرفع الثالث، بل ربماكان العرفي من الاضطرار يرفع الحرمة مثل أكل الدواء المحرم لاجل ازالة العقم لصدق الاضطرار العرفي الذي هو موضوع النص، حيث لم يكن ذلك الحرام شديداً مثل أكل بعض الاسماك التي لافلس لها وفى المقام حيث يضطر يجوز الارتفاق بما يعارض مصلحة الطريق مع ملاحظة قوة مصلحة الطريق وضعفها وشدة الاضطرار وضعفه .

وعلى هذا ، فحال الاضطرار وحال العدالة ، حيث يحتاج في امام الجماعة الى عدالة بدائية بينما الشاهد يحتاج الى عدالة أقوى ، حيث موضع الاهواء والانزلاق ، والقاضي عدالته يلزم ان تكون أقوى ، لانه أكثر ابتلاءاً ، والمرجع للتقليد والاخذ والعطاء أقوى ، حيث انه مصدر الاحكام والحلال والحرام ، ونائب للامام عليه السلام ، بينما قائد المسلمين ورئيس دولتهم يلزم ان يكون أقوى عدالة ، وهي ملكة قابلة للشدة والضعف حتى تصل الى العصمة الصغرى ثم الكبرى ، ثم ارفع درجات الكبرى ، مثل ما كانت للنبي صلى الله عليه وآله وسلم والوصى عليه السلام ومن الكلام في الاضطرار يعلم الكلام في الاكراه ، وانه ذومراتب بعضها يرفع بعض الاحكام ، بينما بعضها الاخر لايرفع مثلا لوأكرهه ان يقطع يدزيد والاصفعه لم يجزله القطع ، ولو اكرهه والاقتله جازله ، الى غيرذلك من الامثلة .

وكيف كان ، فان اضطر الى مايزاحم مصلحة الطريق فهل يضمن ؟ الظاهر التفصيل بين مثل بطوئه مما سبب بطوء من ورائه في الجملة فلا ضمان ، وبين

مثل ماإذا سبب خراب الطريق بما لايتعارف لامراره سيارته الثقيلة جداً ، فهو ضامن، حيث اطلاق دليل من أتلف[1] وعلى اليد[2] ، فاذاكان بالنسبة الى الفرد موجباً لضمان كان ذلك موجباً للضمان بالنسبة الـى العامة ، وبين غير ذلك ، مثل ان يكون عطل بعض الطريق بعض الوقت لقطعه عن المرور لاجل ارتفاق لـه ، وفيه احتمالان ، الضمان لما ذكر فى الثاني ، ويكون بدله لبيت المال وعدمه للاصل .

وقد ذكروا في [كتاب الغصب] ان الغصب على أربعة أقسام : غصب العين مثل غصب الدار ، وغصب المنفعة ، مثل غصبها مدة كونها في ايجار زيد ، حيث فوت عليه منفعتها مثل ماإذا لم يسلمها اليه المؤجر، وغصب الانتفاع مثل غصب انسان مكان آخر في المسجد ، أو في السوق ، حيث ليست منفعتهما للسابق ، بل الانتفاع بهما له ـ حسب ماقالوا ـ وغصب ملك الملك ، أي ملك الانسان ان يملك ، مثل منعه عن الاخذ بخياره ، حيث ان الخيار يعطيه ملك ان يملك وقبل الاخذ بالخيار لاملك له .

قال المحقق الرشتي في كتاب الغصب : اعلم ان الملك على أربعة أقسام : ملك العين، وملك المنفعة ، وملك الانتفاع ، وملك الملك كالحقوق ، فان من لـه احدى الحقوق المالية ، مثل حق الخيار ، وحق التحجير ونحوهما مالك لان يملك ، وقد ينسب الملك الى الافعال فيراد به مجرد القدرة والاهلية الشرعية كما يقال : شرط الوكالة ان يكون الموكل فيه مملوكاً ، أي مقدوراً ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الضمانات ح ٢ .

أقول : حيث كان مثل الحق في الطريق نوعاً من الملك ، كان لابـد وان يكون على الغاصب تبعة ذلك وضعاً ، لانه حكم تكليفي فحسب يتبعه العقاب فقـط .

(مسألة ـ٤ـ) يجوزفرش الشارع بالاجروالقيروما أشبه ممايننفع المارة، أو لايضرهم لاطلاق أدلة الاباحةوعدم شمول أدلة المنع لمثله ولذا قال في الجواهر فلوبنى بعض أرض الطريق بآجر مثلا على وجه لايخرجه عن أصل الاستطراق لـم يكن بذلك بأس وكذلك الكلام في السقف ، ولاينافي ذلك ثبوت حق الاستطراق بعدماسمعت من الاجماع على جواز الارتفاق بغير المضر ـ انتهى .

نعم ، لاحق له في منع الناس عن العبور على آجره أو تحت سقفه ، اذ بذلك لايخرج الطريق عن كونه طريقاً ، ويجوز سقف كل الطريق ، أو رفع سقفه برضى المارة المرتبطين بذلك الطريق ورضى أصحاب الدور والدكاكين الموجودين في ذلك الطريق .

أما الطريق الخاص فواضح وجه رضاهم .

وأمـا الطريق العام ، فلانه وضع لهم ولهم حق فيه فلايجوز ذلك بدون رضاهم ، واذا كان في رفع السقف ، أو جعله مصلحة ملزمة من جهة الصحة ونحوها فعله الحاكم الشرعي ، ولولم يرضوا لانه مكلف بفعل المصلحة .

بل الظاهر ان لـه ذلك وأخذ المال منهم بالنسبة اذا لم يكن لبيت المال مورديمكنه ذلك ، وكذلك في جعل الحديقة في الشارع طرفيه أووسطه أو في الساحات العامة لاجل المصلحة الملزمة ، وفي جعل السواقي وماأشبه لافراغ المياه القذرة ، ومياه الامطاروالثلج النازل وما أشبه ، وفي جعل الانارة لليالي ونحو ذلك ، وكذلك في جبرهم بتنظيف قـدر حصصهم ، أو جعل المنظف على نفقتهم ان لم يكن في بيت المال مايسد ذلك .

قال في الشرائع : ولوجلس للبيع أوالشراء [أي في الطريق] فالوجه المنع الافي المواضع المتسعة كالرحاب نظراً الى العادة .

وفي القواعد : ولو جلس للبيع والشراء في الاماكن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة وفي مفتاح الكرامة والجواهر نقل مثل ذلك عن التحرير الا انه احتمل المنع ، وفي الارشاد نحو القواعد .

أقول : مقتضى القاعدة انه اذا ضيق الطريق لم يجز في المواضع المتسعة أوغيرها، اذ الطريق لم يوضع الا للاستطراق والارتفاق والبيع والشراء المزاحم لهما تصرف فى حق المسلمين بدون وجه .

وقد تقدم بعض الروايات الدالة على المنع ، وان لم يضيق الطريق جاز لعدم الدليل على المنع ، والاصل الجواز ، و لعل الشرائع وغيره ذكروا المواضع المتسعة من جهة عدم التأذي غالباً ومنعوا عن غيرها للتأذي غالباً ، لانهم أرادوا التفصيل بالدقة ، وقد أشار الى ذلك المسالك قال: والمشهور التفصيل وهو المنع من ذلك في الطريق المسلوك الذي لا يؤمن تأذي المارة به غالباً ، ومرادهم بالعادة السيرة من غير نكير والا فالعادة ليست من الادلة كما هو واضح.

ثم ان مثل الجلوس للبيع ونحوه غيره كما فى الجواهر قال : ولو على جهة اتخاذ ذلك موطناً مع فرض عدم تضرر المارة ، وقد أشكل على الفاضلين والمسالك باشكالات غير ظاهرة الوجه فراجع كلامه .

و مما تقدم ظهر انه ان أضر الجلوس بعض الوقت دون بعضه الاخر لم يجز فى الاول دون الثانى ، سواء كان الاختلاف بالفصول ، أو بالليل والنهار ، أو بالصباح والمساء الى غير ذلك .

كما ظهرت مسألة جلوس البنائين ونحوهم لاجل تحصيل العمل ، كما يتعارف في بعض البلاد، وحال الطرق محال تجعل لاجل الارتفاق في الطرق

أوالاسواق أوماأشبه من ساحات لاجل استراحة المستطرقين، أوخاصة بالنساء أوارتفاق المرتادين للاسواق من جهة البيع والشراء ونحوهما ، ولوسبب جلوسه فيما لايحق له ضرر بعض المارة، مثل اصطدام سيارتين ، أو دابتين او ماأشبه :

فالظاهر عدم الضمان الا اذا كان عرفاً هو السبب ، كما ذكروا في باب أقوائية أي من السبب والمباشر انما كان ضامناً اذا عد سبباً عرفاً لاستناد الامر اليه فيصدق عليه من أتلف مال الغير، فهو له ضامن ومثله ولذا كان الضمان على من حفر بئراً ، أو عقر كلبه مع الدعوة او ما اشبه ذلك مما ذكروه في باب الديات.

ثم قال في الشرائع: ولوقام ورحله باق فهو احق به،ولو رفعه ناوياً للعود فعاد قيل كان احق به لئلا يتفرق معاملوه فيتضرر وقيل يبطل حقه اذ لا سبب للاختصاص وهو اولى

أقول: قد تقدم الكلام في الرحل وانه يشمله دليل من سبق[1] وغيره وانه اذا رفع رحله فأن رؤي عرفاً حقه كان له والا فلا ولااعتبار ب(الى الليل) الاماذا رأوا ذلك حقه الى الليل، فان دليل من سبق يشمل من يبسط كل يوم رحله في مكان خاص ، فانه لايحق لغيره ان يسبق الى ذلك المكان قبل مجيئه في هذا اليوم مثلا: حاله حال امام الجماعة والمدرس ومن اشبه، حيث لايحق لغيرهما السبق الى مكانهما.

وعلى هذا، يحمل مارواه الصادق عليه السلام ، عن امير المؤمنين عليه

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

السلام قال: سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل.[١]

ومثله مارواه السكوني، عن جعفر عليه السلام ، عن آبائه عليهم السلام، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو احق به الى الليل.[٢]

وفي الدعائم، عن امير المؤمنين عليه السلام، انه قال: سوق المسلمين كمسجدهم الرجل احق بمكانه حتى يقوم من مكانه اوتغيب الشمس.[٣]

والظاهر ان ذكر غيابِ الشمس لاعتياد القيام، والا فلو جلس بعد الغياب ايضاً كان احق به ايضاً، لدليل من سبق وغيره، ولافرق في ماذكر من الاحكام بين الطريق الدائم والطريق الموقت ، كما يصنع في الاسواق المصطنعة على الموانى ونحوها لاطلاق الادلة المذكورة كما انه لافرق بين ان يكون الجالس لاجل البيع ونحوه من أهل البلد اوغيره للاطلاق ولافرق في ذلك بين المسلم والكافر للاطلاق والسيرة، وقد ذكره بعض الفقهاء كما ان الحكم كذلك بالنسبة الى الاستطراق والارتفاق .

قال في الجواهر: الظاهرعدم الفرق في استحقاق الاستطراق بين المسلمين وغيرهم من أهل الذمة بل لهم الانتفاع به ايضاً فيما لايضر بالمارة على نحو المسلم للسيرة المستمرة على ذلك.

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ من آداب التجارة ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٦٦ الباب ١٥ ح ٢ .

(٣) المصدر : ح ١ .

أقول: ولاطلاق حل مافي الارض وغيره من الادلة العامة.

ثم الظاهر انه لايلزم على الكفار في بيعهم اللحوم والشحوم المذبوحة لهم ان يقولوا للمشتري المسلم أو المشتبه به انه مذبوح على غير طريق الاسلام لعدم الدليل على ذلك، بل ولاعلى السلطان التنبيه ولاعلى غيره من باب النهي عن المنكر، اذ الاصل العدم وللسيرة منذ زمان الرسول صلى الله عليه وآله و سلم مع عدم التنبيه منهم عليهم السلام ، ويؤيده قوله عليه السلام: واني والله اعلم ان اكثر هؤلاء البربر لايسمون.

وما دل على اشتراكهم في الحمامات وغير ذلك، ولعل الشارع لاحظ اصالة التسهيل ، حيث قال عليه السلام كل شيء حلال وكل شيء طاهر (١) و غيرهما فتأمل .

اما بالنسبة الى غير اللحوم فيدهم حجة، فان حجية يد ذي اليد ليست خاصة بالمسلمين، ولذا ذكرنا في بعض مباحث هذا الكتاب ان اصالة الصحة جارية في حق الكفار أيضاً ولوكان بلد يسكنه الكفار بيد المسلمين عاملوا في احكام اسواقهم وطرقاتهم على مايلتزمون لقانون الزموهم. (٢)

وفي دعاوى اهل الاسواق والطرقات ان شاء المسلمون عاملوهم باحكام الاسلام اوبأحكام الكفار كماذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] وغيره فراجع .

ثم ان المحكى عن التذكرة انه حيث يختص الجالس بموضعه يختص ايضاً

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ٩٩ الباب ١ من أبواب الماء المطلق ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب من أبواب ميراث الاخوة ح ٥ .

بما حوله على قدر مايحتاج اليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين فيـه، وليس لغيره ان يقعد، حيث يمنع من رؤية متاعه، أو وصول المعاملين اليه، اويضيق عليه الكيل والوزن والاخذ والعطاء وتبعه عليه المسالك.

أقول: ينبغي ان يكون الحكم كذلك بالنسبة الى مايعدسبقاً ،كماتقدم فى باب الحريم

و منـه يعلم ، عدم وجه لنوع من التـردد فى الحكم المذكور كما فى الجواهر .

نعم، حيث بنيـت الاسواق والطرق على نوع خاص من تزاحم المارة و نحوهم لايحق للمجالس ان يمنع غيره فى القدر المعتاد .

وبماتقدم ظهرحال مثل الباعة المتجولين ، حيث ان لهم الحق أيضاً .

نعم، اذا زاحموا المارة بنحو غيرمتعارفمنعوا، لان أصل وضع الطريق الاستطراق والارتفـاق المتعارف ، سواء كانت لهم وسيلة كالدابة والعربيـة أم لا ؟ .

ثم انه لايحق لبعض الناس أمثال أصحاب الدور والدكاكين مزاحمتهماذا كان جلوسهم متعارفاً بغيرضرر فسكب الماء لئلا يجلس أونحو ذلك، لايجوز الا اذا كانوا ضارين .

ثم ان التذكرة والمسالك ذكرا ـ واللفظ للاول ـ : هـذا في المستوطن لا المتردد الجوال الذي يقعدكل يوم في موضع من السوقفانه يبطل حقه اذا فارق المكان ، وما تقـدم من أولوية الجالس انمـا هو مفروض في غيره ـ انتهى .

واذا اعتاد الجلوس في مكان مما صار له حق السبق جاز لـه تبديله بمكان

يجلس فيه غيره أومصالحته لاطلاق أدلةلايتوى[1] فاذا صالحه ليلامثلاممالايريد المجيءغداً لم‌يحق لثالث‌ان يأخذه بحجةانه سبق‌بعد انأعرض‌الاول‌عنه فحاله حال ما اذا قام من مكانه في المسجد وجاءآخر الى مكانه ، حيث لايحق لثالث اقامته والجلوس مكانه ، وكذا بالنسبة الى سائرالمباحات .

ولواستبق اثنان على وجه تعلق حقهمابه معاً ولم‌يمكن الجمع :

قال في الجواهر: فالاقرب القرعة لانها لكل أمرمشكل .

اقول: وهو كذلك‌اذا لم يمكن‌اجراء قاعدةالعدل والافقد تقدم‌غيرمرةانها مقدمة على قاعدة القرعة، ولوتنازع‌اثنان وقال:كل اناكنت السابق فان‌كان مع احدهما بينة، أوحلف اعطى له والا تحالفاً ، أو كانت لكليهما بينة ، أو نكلا قسم بينهما حسب قاعدة العدل ، والا فالقرعة كما عرفت[2] من غير فرق بين ان لانعلم السبق واللحوق ، او نعلمــه ، لكن لانعلم ايهما السابق ، والله سبحانه العالم .

ثم انه ليس للسلطان فضلا عن غيره اقطاع ، أو احياء ، أو تحجير بعض الشارع والطريق لسبق حق الطريق فلايشمله أدلة تلك الثلاثة ، ولذا علله في الجواهر بان مورد الثلاثة الموات، لاماتعلق‌به حق المسلمين.

أقول : وقوله : المسلمين من باب المثـال والا فالطريق في بلـد الكفار ومايستطرق كلاهما أيضاً كذلك .

وكيف كان، فقد ذكر الحكم الشرائع والقواعد ونقله مفتاح الكرامة عن

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

غيرواحد، بل نسبه المسالك والكفاية الى المشهور، وفي الجواهر: بلاخلاف أجده فيه عدا ماتسمعه من التذكرة .

أقول : قال فيه يجوز ان يقطع انساناً الجلوس فى المواضع المتسعة في الشوارع فيختص بالجلوس فيه ، واذا قام عنه لم يكن لغيره الجلوس فيه للاقطاع .

أقول : لابأس بكلام التذكرة وهو غير كلام المشهور ، ومراده ان يقطعه لاجل البيع ونحوه لاان يجعله مسكناً ونحوه على نحو اقطاعه الموات، ومراده من عدم امكان الجلوس لغيره الجلوس المزاحم .

أما الانتفاع في وقت قيامه وعدم وجود رحله فلا دلالة لكلامه على منعه وكلا شقيه تام ، أما حقه في الاقطاع فلانه سلطان وضع للمصلحة ، فاذا رأى المصلحة فى شيء كان له ذلك ، ومن الواضح انه يعمل في اطار عدم ضرر الغير وايذائه وحرجه . وأما حق انتفاع غيره فلان الاقطاع لم يشمل وقت عدم المقطع له .

وبماذكرناه يظهر مافي اشكال الجواهر عليه فراجعه، وللسلطان ازعاج بعض الجالسين اذا رأى في ذلك خلاف المصلحة بأن ضيقوا الطريق ، أو يأذون المارة، أو عسر عليهم ولو لانهم رجال والمعبر يعبر فيه النساء ممايسبب خجلهن كماله ان يمنع الوقوف للرجال في أماكن خاصة او للنساء كذلك مثل الطريق الى الحمام، او المدرسة أوما اشبه الخاص بالرجال اوبالنساء او نحو ذلك .

قال سبحانه : « ومارسلنا من رسول الا ليطاع بأذن الله » .[1]

---

(١) سورة النساء : الآية/٦٤ .

والسلطان نائب عنه، وله المنع عن مرور قسم من الوسائل النقلية في بعض الاماكن مثل السيارات الكبار الموجبة لاذى المارة، اولتصدع جدران البيوت او ماشبه ، اذى وتصدعاً اكثر من المتعارف ، او منع صوت السيارات عند المستشفيات ونحوها ممايوجب الاذى، او العسر ، ولو استبق اثنان على وجه تعلق حقهمابه معاً ، ثم اعرض احدهما سقط حقه، ويصح للاخر صلحه بشيء لماتقدم من صحة الصلح .

ولو تعدى انسان على الطريق فأخذ بعضه وادخله في داره او دكانه كان للسلطان هدمه، وكان هدراً سواء كان الفاعل عامداً ام لا؟ واذا اشتراه نسان لم ينفع ذلك فى المنع عن الهدم ، ثم ان كان عالماً لم يكن له حق في الفسخ ، وانما حقه في اخذ بدله من البائع لانه من قبيل بيع مايملك وما لايملك، حيث لاحق للمشتري في الفسخ .

بل الظاهر ان الاشتراء لحق الطريق كان باطلا ولم يملك البائع قدر ثمنه وان كان جاهلا حق له الفسخ لتبعض الصفقة .

ومن ذلك يعرف ، صور المسألة : وهي علم كل واحد منهما ، أو جهله مضروباً في علم الاخر، وجهله، وكون البيع على نحو التعدد أو الوحدة، والوحدة على نحو الشرط ، أو القيد بان اشتراه بشرط، أوقيد ان يكون له تلك الزيادة المغصوبة من الطريق .

ولو اشترى داراً ثم ظهر ان الشارع يهدمه مع انه لم يكن قبل ذلك أخذاً من الشارع، فان علم لم يكن له حق الفسخ، وان لم يعلم كان له حق الفسخ، لانه عيب، ويستثنى من كل نوع منها صورة :

الاولى: ماإذا علم لكن كانت المعاملة سفهائية فانه باطل ، كما اذا كان الهدم

لايبقى له شيئاً يسوى ولو ببعض الثمن المعقول .

الثانية : ان لم يعلم، لكن كان الهدم بقدر لايوجب العيب، أوصدق تبعض الصفقة من مايوجب الخيار .

قال في الجواهر : ولو اشترى داراً فيها زيادة من الطريق ، ففي النهاية و محكى السرائر : اذا لم يعلم المشتري ثم علم بعد ذلك لم يكن عليه شيء اذا لم يتميز الطريق ، فاذا تميز وجب ردها اليه ورجع على البائع بالدرك .

أقول: لعل مرادهما من عدم تميز الطريق اشاعة ان فيها زيادة بدون وضوح ذلك ، أو انه يقتضي ان يعدل الطريق بالاخذ منها ، فـالمراد من لفظ الطريق الاقتضاء ، لانه كان فعلا فأخذ منه في الدار .

و لذا احتمل في الجواهر حمل الخبرين على ما اذا كان الطريق مرفوعاً وأخذه باذن أربابه ، أو غير ذلك ، والا كان كما قاله الجواهر من انه مخالف لعدم جواز تملك أحد الطريق .

نعم ربما يستدل لهما بموثق ابن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام سألته عن رجل اشترى داراً فيها زيادة من الطريق؟ قال : ان كان ذلك فيما اشترى فلا بأس .[1]

وخبر عبد الله بن أبي أمية ، سأل أباعبد الله عليه السلام، عن دار يشتريها يكون فيها زيادة من الطريق ؟ قال : ان كان ذلك دخل عليه في ما حدد له فلا بأس .[2]

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٨١ الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع ـ كتاب التجارة ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٨١ الباب ٢٧ من أبواب عقد البيع ح ٤ .

نعم ، اذا زاد الطريق عن المحتاج اليه لتحول الطريق الى غيره ، أوقلة المارة أو ما أشبه ، حيث رجع الى شبه الموات لم يكن بذلك بأس ، كما لابأس بابتداء العمارة ، اذ الحكم تابع للموضوع فاذا ذهب الموضوع ذهب الحكم ، ولا مجال للاستصحاب بعد عدم تمامية أركانه ، ولو كان للانسان حق في طريق جازله بيعه وصلحه اذا كان الحق خاصاً مثل حق الجيران في الطريق غير النافذة .

وأما الطريق النافذ ، فهل له ذلك اذا كان داخلا عرفاً في أدلة البيع والصلح لتحقق موضوعهما ؟ مثل ان يزدحم الطريق الضيق بالجيران فيشتري بعضهم حق بعض حتى لايستطرقه وانما يستطرقه من باب آخر له ، لتقليل المارة ؟ لايبعد ذلك .

و يؤيده رواية الدعائم ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه سأل عن قوم اقتسموا داراً لها طريق فجعل الطريق في حد أحدهم وجعل لمن بقى ان يمر برجله فيه ، قال : لابأس بذلك ، ولابأس بأن يشتري الرجل ممره في دار رجل أوفي أرضه دون سائرها .[1]

أقول : فائدة الأول : أن صاحب الطريق له حق ان يجعل بعض الطريق في داره مثلا ـ في الطرق غير النافذة ـ اذا لم يمنع ذلك عن عبور من اشترى ، بخلاف من له حق الممر ، حيث لا يتمكن الامن الممر ، وكذلك بالنسبة الى جعل المظلة او حفر السرداب ، أو ما أشبه ذلك .

---

(١) دعائم الإسلام : ج ٢ ص ٥٠٠ .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : وأما المسجد فمن سبق الى مكان منه فهو أحق به مادام جالساً ، فلو قام مفارقاً بطل حقه ولو عاد، وان قام ناوياًللعود فان كانرحله باقياً فيه فهو أحق به، والدكان مع غيره سواء قيل ان قام لتجديد طهارة أو ازالة نجاسة لم يبطل حقه ـ انتهى .

أقول : للمسألة فروع :

الاول : اذا جلس في مكان من المسجد للعبادة ونحوها ، فلا اشكال في حقه فيه ، بل الضرورة والاجماع عليه كما في الجواهر و غيره ، و يدل عليه من سبق و السيرة ، ولايتوى وغيره ، فاذا زحزحه انسان لم يبطل حقه و كان احق فله ازاحة الغاصب والجلوس فيمكانه لاطلاق من سبق ونحوه فاحتمال انه لايستقر حقه ، فاذا ازاحه انسان فعل حراماً ويكون الثانى أحق، كما تقدم مثله فى السوق غير ظاهر الوجه .

و لو رأيناهما يتنازعان كل يدعى سبقه ، ولا بينة ولاحلف احدهما بأن حلفا أو نكلا ولم تمكن القسمة ، ولو المهاياتية بان يصلى أحدهما مثلا صلاة والاخرصلاة اخرى ـ اذ لو امكن ذلك كان مقتضى قاعدة العدل ـ كان محلا للقرعة .

ثم اذا كان شاغل المكان مشغولا بالعبادة أو غيرها،ولو التنزه والاستراحة ولم يكن مانعاً عن غيره لسعة المكان فلا اشكال ، وان كان مانعاً ، فالظاهران الصلاة مقدمة على غيرها فى وقت اقامة الجماعة [أول الوقت] أما فى سائر الاوقات فلا .

أما الاول : فلان المسجد وضع لذلك فالمزاحم لاحق له مثل ما تقدمفى الطريق .

و أما الثـاني : فالاصل عدم حق اللاحق فى ازاحة السابق فليصبر حتى يتم غيره صلاته فيصلى مكانه ، ولو شك فالاستصحاب يقتضى حق السابق .

و منه يظهر موقع النظر فى كلام الجواهر ، قال : و هل الصلاة مقدمة على غيرهـا من العبادات كقرائة القرآن وجهان أقواهما ذلك ، و لم أجـده فى كلام أحد من الاصحاب ، بل ولا غيره من صور التعارض المتصورة فى المقام .

الثانى : الظاهر ان الاستفادة من مرافق المسجد اذا لم تخصص فى وقفها عامة لكل أحد ، فلكل أحد الاستفادة من ساحة باحة المسجد وحوضه و كنيفه وما أشبه .

نعم، الظاهر انه لو تعارض مع من يريد الصلاة ونحوها مما وضع المسجد له قدم الثانى .

أما الاول : فلاطلاق الوقف ، فيشمله دليل الوقوف على حسب ما وقفها اهلها[1] .

وأما الثانى : فلتقديم حق المصلى ونحوه ، حسب ارتكاز الواقفين، فحال ذلك حال ما تقدم فى الطريق من تقديم المستطرق فاذا لم يكن حق الانتفاع به فى غير الاستطراق ، ولما ذكرناه فى الفرعين يحق للمصلين ازعاج غيرهم و لو كان نائماً حق لهم تنبيهه ، وان لم يكن راضياً ، لانه نائم بغير حق فى وقت الصلاة ، سواء كان داخل المسجد ، أو فى باحته مع الاحتياج اليها للمرور وقت الصلاة ، أو لامتداد الصفوف الى ما هنالك، ولايحق للفاتحة والدرس و الاحتفـال و المأتم ان يمتد الى وقت صلاة الجماعة ، والا كانوا غاصبين اذا

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٢٩٥ الباب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات ح ١ .

منعوها عن الانعقاد لما عرفت .

الثالث: اذا قال انسان لاخر: لاحظ لي مكاناً فلم يضع الموصى اليه رحلا وانما حمى مكاناً لذلك الانسان لم ينفع حماه اذليس ممن سبق بمجرد الحمى بل لمن أراد الانتفاع ، لاطلاق دليل مـن سبق ، وكذلك حال السوق وسائر المباحات والمشتركات .

الرابع : لوقام الجالس مفارقاً مكانه بطل حقه ، كما تقدم عن الشرائع ، بل في الجواهر : بلاخلاف ولااشكال ، وفي مفتاح الكرامة لاخلاف في زوال حقه مع مفارقته بنية عدم العود وعدم بقاء رحله .

أقول : وقد ارسل ذلك غيرواحد من الفقهاء ارسال المسلمات ، بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك ، لكن لوقام ورحله باق، وانما اعرض ، فهل له ذلك حتى اذازحزحه انسان كان غاصباً مكانه ــ بالاضافة الى الحرمة التكليفية ــ؟ الظاهر ذلك لانه مادام باقياً ، فهوسابق ومجرد نيته الاعراض لايخرجه عن حقه ، وتقدم في السوق ان السبق يوجب الحق لاانه انتفاع فقط ، أما اذا وضع الموصى اليه رحلا فالظاهر انه سبق للموصي فيكون له الحق ولا يصح لاخر ان يجلس هناك .

الخامس : اذا وضع الانسان لنفسه رحلاصار ذا حق لقاعدة السبق ، وان لم يكن جلس بعد ، كما اذا جاء وجعل رحله وذهب ليتوضأ أو ما أشبه ، فعن المسالك والكفاية ومجمع البرهان انه لااشكال ولاخلاف في بقاء حقه مع بقاء رحله مع نية العود وقصر الزمان ، وعن المبسوط انه قال : فمن سبق الى مكان في المسجد كان أحق به ، فان قام وترك رحله فيه فحقه باق وان حول رحله منه انقطع حقه منه ولاخلاف فيه وفيه نص لنا عن الائمة عليهم السلام ــ انتهى .

وعلى هذا ، فالصور ثلاث: لانه اما لانية للعود له مع بقاء رحله ، والظاهر انه لاحق له ، لانه اعراض ، وقدسبق ان الاعراض يوجب ذهاب الملك فكيف بالحق .

ومنه يظهر النظر في اطلاق بعضهم ببقاء حقه مادام رحله باقياً ، كما حكي في عبارة القواعد ، ومحكي الارشاد والدروس ، وهل يضمن الانسان اذا وضع يده على الرحل بأن ازاحه لقاعدة على اليد ؟ الظاهر لا ، اذهو الذي اذهب احترام مال نفسه كمن وضع بساطه في الشارع اذ ازالته لاتوجب ضماناً ، فان دليل اليد لا يشمل مثل ذلك ولو للانصراف عن مثله . أوله نية العود فان كان الزمان قصيراً لم يكن اشكال في كونه أحق لدليل السبق والسيرة .

بل الظاهر انه لاخلاف فيه .. وان كان الزمان طويلا فالظاهر سقوط حقه ، كما اذا وضع بساطه من الصباح ليأتي ظهراً للصلاة لانصراف دليل من سبق عن مثله .

ولذا قيده محكي الذكرى بان لايطول زمان المفارقة والا بطل حقه ، وان كان فيه رحله ، وقال في المسالك : انه لابأس به خصوصاً مع حضور الجماعة واستلزام تجنب موضعه فرجة في الصف ـ انتهى . خلافاً لاخرين ، حيث لم يفرقوا في بقاء الحق بين قصر الزمان وطوله .

واستدلوا لذلك بقاعدة من سبق.

وبما تقدم من لاخلاف المبسوط .وبمرسلته ، وبما روى في بعض كتب الفتاوى اذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به اذا عاد اليه،[1] وبالخبر

---

(١) المبسوط : ج ٣ ص ٢٧٦ .

كما في الجواهر : ج ٣٨ ص ٨٩ وعن سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥١ .

السابق: سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل[(١)] وفي الكل مالايخفى، اذ من سبق منصرف عن مثله، ولو شك في شموله للطويل كان المحكم أدلة الاشتراك، ولاخلاف المبسوط لايستند اليه بعد وضوح الخلاف وظهور الاستناد ، بالاضافة الى احتمال ان عدم خلافه للحكم الاخير كما هو ظاهر ماذكره في الوصف والاستثناء المتعقب بالجمل.

ومنه يظهر الجواب عن المرسلة، والمنصرف من الخبرين المتعارف، و لذا جرت السيرة على عدم اعتبار الرحل الذي يوضع من الصباح الى الليل ونحوه.

ومنه يعلم، وجه النظر في كلام الجواهر، قال: مقتضى اطلاق النص عدم الفرق بين طول الزمان وقصره، ثم نقل عن المسالك والذكرى ماتقدم ـ مما نقلناه ونقله قبله مفتاح الكرامة ـ ورده بأنه مجرد اعتبار لايقتضي سقوط الحق الثابت بالدليل ـ انتهى .

وفيه ماتقدم من عدم الاطلاق، بالاضافة الى ضعف المرسلة، والخبر الاول والخبر الثاني قد تقدم الكلام فيه .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام المسالك ، حيث جعل الضمان على الرافع للرحل بعد سقوط حق ذي الرحل جمعاً بين الحقين قال: مع احتمال عدم الضمان للاذن شرعاً ، اذ لا وجه للضمان بعد عدم حقه و انه عرض ماله لليد، كما تقدم ان الحكم كذلك بالنسبة الى الطريق والسوق، ومنه يعلم النظر في تمسك الجواهر بالضمان بقاعدة اليد ، اذ قد عرفت ان القاعدة منصرفة عنه .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٠٠ الباب ١٧ من آداب التجارة ح ١ .

السادس: اذا لم يكن له رحل وقام عن مكانـه لاخذ تربة قريبة أوما أشبه، لم يسقط حقه لصدق من سبق، ولذا يراغيره عرف المتشرعة غاصباً لحقه اذا جلس مكانه، وقد تقدم نقل الشرائع ذلك بقوله: قيل، ولم يرده مما يظهر منه ميله اليه وقال به في التذكرة.

نعم يظهر من المسالك ان سقوط حقه مشهور، وان اشكل على ذلك مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر، اما وجه الاشكال فهو انه سقط عن كونـه سابقاً بقيامه فيرجع الى أصل الاشتراك، ودليل من سبق مما لايقاومها اطلاق الخبر المتقدم اذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به اذا عاد اليه.
وفيه: انه لم يسقط عن كونه سابقاً عرفاً والخبر مؤيد، فلا مجال لاصل الاشتراك ولكون الثاني سابقاً ، فأنه مسبوق.

ومما تقدم يظهر انه لافرق في الذهاب الطويل الموجب لسقوط الحق، و في الذهاب القصير الموجب لعدم سقوط الحق، بين كون الذهاب لضرورة و عدمها ففرق بعضهم بينهما غير ظاهر الوجه .

السابع : لاينبغي الاشكال في انـه اذا قام و وضع الرحل، ولما يأت بعد جاز لغيره الاستفادة من المكان بدون تصرف في الرحل كما ذكره غير واحد اذ من سبق لايشمل غير المزاحم .

ولذا قال في الجواهر: يتجه عدم ثبوت الاحقية ببقاء المتاع اذا كان صغيراً بحيث لايستلزم المكث في المكان التصرف فيه.

الثامن: لااعتبار بكون الرحل كبيراً أوصغيراً ، وانما الاعتبار بصدق من سبق، ولوشك في الصدق كان الاصل عدمه ، فان الخروج عن الاشتـراك الى الاختصاص خلاف الاصل.

والظاهر ان اقعاد الطفل يعد رحلا لصدق من سبق ، وقد تقدم في مسألة الاحياء، هل انه يحصل بأحياء الطفل، ويأتي ذلك الكلام هنا أيضاً .

وبما تقدم يظهر، وجه النظر في اعتبـار الجواهر الرحل، لاالسبق، قال: لافرق حينئذ بين الكبير والصغير بعد صدق اسم الرحل لاغيره كالتربة ونحوها، واذا وضع الرحل فأطاره الريح أوماأشبه ، فأن بقي اسم السبق كان حقه والا سقط ، ولو شك فـان كان الاستصحاب فهو والا كان الاصـل الاشتراك ، ولو جعل كل منهما رحلا واشتبه بينهما، هل هذا لهذا أوذاك، فالقرعة، اذا تعاسرا والا جلس كل أي المكانين شاء.

التاسع: لااعتبار بالسبق ووضع الرحل اذا كان مركوز ذهن الواقف ـ كما هو كذلك غالباً ـ عدم جلوس اشخاص خاصيـن مطلقاً ، أو في أوقات مخصوصة، مثل جلوس النساء أوقات الجماعة في الصفوف الامامية فيما يعتاد جماعة الرجال فيه ، وبالعكس فيما يعتاد جماعة النساء فيه ، وذلك لان السبق والرحل انـما هو في صورة صحة الجلوس، فاذا لم يصح للارتكاز لم يترتب على ذلك السبق اثر . . وهنا فروع لاتخفى احكامها مما ذكرناه .

العاشر : الظاهـر ان في المسجد الحرام لاحق للمصلي في غيـر أوقات الجماعة ان يزاحم الطائف فلا حرمة لرحل من يضع رحله في المطاف لاجل الصلاة وقت الجماعة فللطائف ان يزحزح رحله ولا ضمان كما تقدم مثله ، و ذلك لان المركوز في أذهان المتشرعة تقدم حق الطائف ولعله يستفاد من قوله سبحانـه : «وطهرا بيتي للطائفين والعاكفيـن و الركع السجود»[1] حيث قدم

(١) سورة البقرة : الآية/١٢٥ .

الطـواف على الصلاة ، فأن الواو يفيد في أمثال المقـام الترتيب ، مثل قوله سبحانه: «فأغسلوا وجوهكم وأيديكم»[1] كما استظهره الفقيه الهمداني، ومثـل قوله سبحانه: «ان الصفا والمروة»[2] بمعونة قوله صلى الله عليه وآله وسلم ابدئوا بما بدء الله.[3]

نعم، اذا قامت الجماعة في أوقات الصلاة حق للمسابق اذ الطواف ينقطع ولاهمية الصلاة حتى ان الطواف كان كالصلاة، كما يستفاد من قوله عليه‌السلام: الطواف بالبيت صلاة .

الحادى عشر : قال في محكي الدروس : بالفرق [في مسألة بطلان الحق مع عدم الرحل بمفارقة المكان] بين اثناء الصلاة فيبقى الحق الا ان يجد مكاناً مساوياً للاول، أواولىمنه، وبين قبل الصلاة فلا يبقى الحق، محتجاً بانهاصلاة واحدة فلا يمنعمن اتمامها، ورده الجواهرـ بعد فتواه بعدم الفرق ـ بان حقه تابع لاستقراره بعد فرض عدم الرحل، واتمامها لايتوقف على مكان الشروع وفرض كونه أقرب للعود لا يقتضي بقاء الاولويـة المزبورة ، وان ادى ذلك الى بطلان صلاته .

أقول: قد تقدم بقاء الحق اذا كان الذهاب عن مكانه فى مدة قصيرة لرؤية العرف صدق السبق بعد .

نعم، اذا لم تكن المدة قصيرة سقطحق السبق، فلوكان في مكانه فزحزحه الزحام، ثم رجع فوراً بقى حقه، سواء كان فيالصلاة أولا ؟ أمااذا طال ذهابه

---

(١) سورة المائدة : الآية/٦ .
(٢) سورة البقرة : الآية/١٥٨ .
(٣) الوسائل : ج ٩ ص ٥٢٢ الباب ٦ من أبواب السعي ح ٣ .

ولو بسبب مرور الزحام كما في المسجد الحرام والعتبات المقدسة فلاحق له فيما اذا أخذ مكانه آخر ، وان ادى ذلك الى بطلان صلاته ، حيث انه لادليل على وجوب التحفظ على صحة صلاة الغير، فالاصل عدمه، وهنا فروع :

الاول : لوملاء الابريق ، وجعله في كنيف المسجد مثلا وذهب لحاجة ، هل يبقى حقـه أم لا ؟ الظاهر بقائه اذا كان الذهاب قصيراً بحيث يبقى صدق اسم السبق والا سقط، ولوشك كان المرجع اصالة الاشتراك اذا لم تتم اركان الاستصحاب .

الثاني: لوجلس في المسجد لفاتحة أوماأشبه، كان حقه، فلايجوز ازاحته ولوجعل رحلا كان كما تقدم في الجماعة ، ولو ذهب لحاجة ، فكما ذكر في مسائل الصلاة .

الثالث: اذا وضع حذائه في محل الاحذية لايحق لاحد تزحزحه ، سواء بجعل حذائه مكانه أولجهة اخرى، لانه سابق بذلك فهو حقه، فلوزحزحه والحال هذه فضاع كان ضامناً .

نعم، اذا وضعه في محل صلاة الجماعة بما يكون خلاف ارتكاز الواقف كان له ازالته ولاضمان، لانه دفع منكر، وقدتقدم عدم الضمان فى مسألة الرحل في المسجد .

الرابع : اذا جعل ملابسه في مكان من المسجد لاجل سعة مكانـه ، وكان مزدحماً يحتاج الى ذلك المكان المصلون حق لمريد الصلاة ان يزحزحه ولا ضمان ـ على ماتقدم ـ .

الخامس : لوشك مريد الصلاة ونحوها ان الشيء الموضوع ، هل هـو رحل أوشيء مربوط بالمسجد ؟ ففي جواز ازاحته أو الصلاة عليه احتمالان من أصل الاباحة وبقاء الاشتراك، ومن أصل عدم تعلق ذلك بالمسجد فتأمل .

(مسألة ـ ٦ ـ) المدارس الدينيـة التي وضعت لدراسة الطلاب تكـون ، كماجعلها الواقف من الامور المشروعة، حيث انالوقوف على حسبماوقفها أهلها .

وعليه ، فاذا وقفها لامرغير مشروع بطل الوقف ، لان الشارع لم يشرع مثل هذا الوقف، وان وقفها لامرمشروع، فان لم يجعل متولياً لها ، فالظاهر ان المتولي يكون الحاكم الشرعي ، لانه الموضوع للمصالح التي لاولي لهاكما ذكرناه في كتاب : [الحكم في الاسلام] و [السياسة] وغيرهما .

أمااحتمال ان يكون الواقفهوالمتولي لانه كانله الولاية علىملكه مطلقاً فاذاخرج بعضاموره عن ولايته بوقفه بنفسهلم يخرج الباقي ولوشك فالاصل يقتضي بقاء الولاية، فغيرتام ، اذلو لم يجعل الوقف هكذا كان مقتضى اطلاق الوقف عدمارتباطه به، حاله حال وقف مكان مسجداً أوماأشبه .

وهذا لاينافي ، بل ربمـا يستفاد من كلام الشيخ المرتضى [ره] مـن ان الوقفله ارتباط بالله وبالواقف وبالموقوفعليه، اذصرف الارتباط فيالجملة من جهة انه وقفه غيرالتولية والتصرف ، كما انالموقوف عليه كالمسلمين في المسجد لهم حق الاعتراض اذا تصرف فيالمسجد متصرف تصرفاً غيرلائق ، لكنه ليس من باب الولاية .

وكيف كان، فلوشك في ولاية الواقف كان الاصل عدمها، وعلى أي حال فاذا لم يجعل الواقف لنفسه ولاية ، حيث كانت الولاية مع الحاكم ، أو جعل لنفسه او لغيره ولاية، حيث تكون للمجعولله، فليس للمتولي الا التصرف في اطارالجعل، مثلاله حق ان يسكن بعض الطلاب دون بعض .

أماحق ان يبقي الغرف فارغة، أويبدل المدرسة الىمكان الزائرين أومكتبة

فلا، وهل يحق له ان لايسكن الطائفة الفلانية؟ اوان يخرج الطالب الذي تتوفر فيه شروط الواقف؟ او ان يجعل قانوناً لعدم ضيافة الضيف اكثرمن سبعة ايام، او ان كل من تزوج يلزم انيخرج من المدرسة ؟ الظاهر ان له ذلك اذا رآى الصلاح الشرعي .

اما اعتباطاً ومجرد التشهى، اوان القوم الفلاني لايحبهم لامر عنصري ونحوه فلا ، اذ ذلك خارج عن صلاحيتـه ، وعليه فاذا اراد التصرف خارج حقه كان للفرد مخالفة قانونه بأذن الحاكم الشرعي .

مثلا : اذا جعل قانوناً لعدم امكان المتزوجين السكنى كان للمتزوج الحق فى ان يسكن باجازة الحاكم ، اذا كان قانونه اعتباطاً .

اما اذا كان قانونه من جهة ان العزاب كثيرون ، فاذا دار الأمر بينهم وبين المتزوجين كان الاولون اهم، لعدم توفر المكان لهم بخلاف المتزوجين حيث تتوفر الدار لهم ممايجعل الاولين اهم شرعاً، كان له سن ذلك القانون ولم تجز مخالفته الى غيرذلك ، ولوشك هل ان قانونه صحيح امِلا؟ حمل على الصحة لاصالة الصحة في امرالمسلم .

قال في الشرائع : اما المدارس والربط، فمن سكن بيناً ممن له السكنى فهو احق به، وان تطاولت المدة مالم يشترط الواقف امداً فيلزمه الخروج عند انقضائه ، ولو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فاهمل الزم الخروج ، وان استمرعلى الشرط لم يجز ازعاجه ـ انتهى .

وذكر العلامة قريباً منه، وقال مفتاح الكرامة :كما في التحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية الى آخر كلامه ، وذلك لان طالب العلم المشتغل به المؤدى لماجعله الواقف

حق له السكنى بلاشكال ، وان طالت المدة لتوفر شرط الواقف فيه .

اما اذا ترك التشاغل بالعلم لم يجز له البقاء وحق للمتولي اخراجه ، لان الوقف لاينطبق عليه، ولذا قال فى الجواهر ـ فى انه احق ـ بلاخلاف اجده فيه، لانه احد المستحقين لذلك فازعاجه ظلم قبيح عقلا ونقلا .

اما مافى التحرير من احتمال جواز الازعاج مع طول المكث قال : ولو طال الاستيطان على هذه الانتفاعات المشتركة وصار كالملك الذي يبطل به اثر الاشتراك ، ففى الازعاج اشكال ـ انتهى .

فان أراد انه بذلك يخرج عن ارتكازالواقف فينبغي عدم الاشكال في جواز الاخراج، وان أراد انه مع عدم ذلك يحتمل الازعاج ، فلم يظهر وجهه، ونحوه ما ذكره جامع المقاصد، فيرد عليه ما تقدم .

ثم لااشكال في انه مادام الطالب في المدرسة يحق له الانتفاع بمرافق المدرسة ، مثل الكنيف و الحوض و الحمام و الكهرباء و التلفون و الكتب الموقوفة والثمار في اشجارها ، كل ذاك على القدر المتعارف لانه المنصرف من الاطلاق .

أما الزيادة فلا ، فلو زاد كان ضامناً، مثلا كان حقه من الكهرباء بقدر عشر دينار في الشهر ، واستعمل بقدرعشريه، اذ انه الذي صرف فعليه الدفع،ويحق له وضع الرحل في السرداب والسطح بقدر المتعارف، كما تقدم في المسجد لان الدليل فيهما واحد، وكذا يأتي الكلام في الفرش والالات فيجوز له العمل فيهما حسب المتعارف .

أما اذا شك في انه حسبه أو أزيد لم يجز له ، لان الاصل عدم التصرف الا بالقدر المأذون فيه ، مثل التصرف في ملك الغير ، فاذا تصرف كان ضامناً

اذا كان له بدل ، أمـا انتفاع غير الطالب ببعض المرافق مما يزاحم الطلاب ، فهو غير جائز ، لانه خلاف الوقف ، اما مالايزاحم الطلاب ، فان كانالوقف بحيث يشمل مثل ذلك و لو ارتكازاً كما في المسجد ، حيث يصح ان يستفاد منه في الفاتحة والاحتفال والنوم وغيرها جاز ، وان كان بحيث لم يشمل مثل ذلك لم يجز ، وان كان مشكوكاً رجع الى العرف هناك ليكشف من ارتـكاز الواقف ، فان لم يكن عرف كاشف عن الارتكاز كان الاصل عدم الجواز ،لانه كان ملك غيره ، و قد خرج الى الوقف و لم يعلم عمومه فيؤخذ فيه بـالقدر المتيقن، واصالةعدم التقييدحين الوقفلاينفع لانه مثبت ، أما مزاحمةالطلاب بعضهم مع بعض في المرافق :

فالظاهر انه للسابق في مثل السطحوالسرداب والمكتبة ونحوها ، ويحتمل ان يكون حالذلكحال مثل الماء اذا كان قليلا، حيث ان مقتضى قاعدة العدل الاشتراكلانه وقفعلى الجميع فلاحقللسابقبالاستئثارفينام كلواحد فيالسطح مثلا بقدر حقه، فاذا كانوا مأةوالسطحلايكفي الالعشرينكان لكل ليلة منخمس ليال ، ولعل هذا هو الاقرب الى ارتكاز الواقف ، وكذا بـالنسبة الى مطالعة كتب المكتبة والاستفادة من البرق وما أشبه .

أما حبس كتاب الوقف بعد عدم احتياجه واحتياج غيره فذلك غيرجائز لانه صرف الوقف في غير مصرفه ، واذا كان التصرف فيالكتاب موجباًلعطبه فان كان بالقدر المتعارف لم يضمن ، كما ان صرفه سائر الاوقاف و تصرفه في الاوقاف كذلك .

أما اذا كان أزيد من المتعارف لم يجز، وكان ضامناً ، وان صدر عنجهل لان الاحكـام الوضعية لاتدور مدار العلم ـ كمـا بنوا على ذلك ـ و لذا لو

سبب خراب أرضها بسبب كثرة صب مائه ، أو نسيانه في فتح انبوب الماء ، و عدم سده ، أو سواد سقفها بسبب الدخان ، أو ما أشبه ذلك ، كان عليه الضمان .

والظاهر انه لايصح ازعاج بعض الطلاب الاخرين بالبحث بصوت عال أو ما أشبه ، لانه خلاف الوقف .

ثم ان المدرسة وان وضعت للطلاب الا ان ارتكاز الاحتياج الى الخادم أو ماأشبه يبيح للمتولي جعله فيبعض غرفها والاستفادة من مرافقها، كمايباح له ذلك أيضاً ، واذا قيد الواقف المدرسة بعدم دراسة مثل الاصول مثلا ،فهل يقبل قوله لان الوقف هكذا أو لا ؟ لانه من باب الاشتباه ، حيث اخطاء في هذا الشرط مع ان ارتكازه العلوم الصحيحة .

وهذا علمصحيح وان اشتبه لايبعد الثاني، لانه منباب تخالف والوصف والاشارة، ومدارسالعامة ونحوهايعامل بهاحسب معتقدهملقاعدة الزموهم بما التزموابه [1]، والله سبحانه العالم .

ثم انه لو لم يكن طلاب للعلوم الدينية اعطيت الغرف لمن يشبهالطلاب كحفظة القرآن من الكسبة ، ولو لم يوجد المشابه ودار الامر بين تعطيلها ، أو ايجارها ، و اعطاء اجارتها لمدارس في بلاد اخر، فعل الثاني ، لانه أقرب الى ارتكاز الواقف ، كما ذكروا فى مثل الوقف .

قال في الشرائع : ولو اشترط مع السكنى التشاغل بالعلم فاهمل الزم الخروج ، وان استمر على الشرط لم يجز ازعاجه .

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٢١ ح ٦ .

أقول : كلا الحكمين مما لاخلاف فيه ، و لااشكال ، كما صرح بذلك فى أولهما الجواهر ، و يظهر الثاني من جعلهم المسألة مسلمة بفتواهم بها ، ويدل على الامرين قاعدة الوقوف على حسب ما وقفها اهلها .

نعم، لو صار الطالب سيء الخلق أوالدين مما أوجب هتك الطلاب، مثل اشتغاله باللهو والقمار أو خيف منه على الطلاب الشباب لتعاطيه الفسق أو صار مزعجاً للطلاب بصخبه و شتمه وصياحه ، أو للجيران أو ما أشبه ذلك ، حق الاخراج ، و ان كان مشتغلا بالعلم لانه خلاف الارتكاز المستفاد من الواقف حين الوقف .

وربما كان خلاف المصلحة التي يلزم مراعتها على المتولي ولو لم يكن خلاف الارتكاز فرضاً ، كما ان فى عكس المسألة اذا ترك الاشتغال بالعلم لكنه ينفع الطلاب بما يكون من لوازم و جودهم ، دخل في ارتكاز الواقف وصار كالخادم الذي يسكن فى المدرسة ، وان لم يكن طالباً، كما اذا كان سبباً لهيبة أهل العلم فلا يتعدى عليهم الظالم ، أو الجيران أو ما أشبه ذلك .

والظاهر ان نحو امام الجماعة لهم، والقاضى لحوائجهم ولو باتيان الطعام لهم من الخارج فى حكم الخادم للارتكاز المذكور،ولو اجر الظالم المدرسة أو سكنها كان عليه بدل الايجار فيتقاص من ماله ان أمكن ، وكذا اذا غصبها وتركها بدون سكنى أو ايجار ، ولو صارت المدرسة جزءاً من الشارع ،سواء الشارع المباح ، كما اذا فعله العادل لمصلحة الطريق اضطراراً ، أو الجائر جاز العبور من ذلك الشارع من جهة ابطال رسم الوقف ، كما انه كذلك فى المسجد و دور الناس وغيرهما ، فان الملك يذهب بذلك ، لانه اعتبار عقلائى ، ولا اعتبار بعد صيرورته شارعاً، والوقف يتبع الملك ، اذ لاوقف

الا في ملك، فاذا كان الملك يزول كان الوقف بزول أيضاً ، واولى من ذلك اذا فعله العادل ، كما في قصة فتوى الامام عليه السلام بخراب دور جيران البيت، وكما يفعله الامام المهدي عليه السلام بالشارع الاعظم حين يظهر عليه السلام .

قال في التذكرة : و لايبطل حقه بالخروج لحاجة كشراء مأكول أو مشروب أو ثوب أوقضاء حاجة وماأشبه ذلك،ولايلزمه تخليف أحد في الموضع ولا ان يترك متاعه فيه ، لانه قد لايجد غيره ، وقد لايؤمن على متاعه سواه و نحوه في المسالك وغيره،وان حكى عن الكركي نوع تردد فيه،وخصه الجواهر بقوله : نعم، لايبعد الحاق المفارقة لها في الازمنة التي لاتنافي صدق التشاغل فيها بها ، ولو للسيرة المستمرة على ذلك ، فكل ما لايكون كذلك سقط حقه حينئذ .

أقول: ماذكره التذكرة وغيره هو مقتضى القاعدة المرتكز في اذهان الواقفين ، بل لا يلزم الرحل اذا اخذ الغرفة بأذن المتولي ولو العام ، و كذلك اذا سبق الى غرفة في المسجد كمسجد الكوفة مثلا، فقفلها ولو بدون رحل، لانه سبق اليها ، وهل الحكم كذلك فيما اذا لم يقفل ولم يجعل متاعاً ؟ الظاهر ذلك، اذا قصر الزمان ، مثل ان خرج منها لحاجة لاتطول دقيقة مثلا، خصوصاً اذا قال لمن هناك ليكن نظره اليها حتى يرجع، للسيرة وللارتكاز من الواقف ولحق السبق، كما عرفت مثله في مكان المسجد.

قال في الشرائع: (ولو فارق لعذر قيل هو أولى عند العود وفيه تردد، ولعل الاقرب سقوط الاولوية.

أقول : ان أراد مع بقاء الرحل مع سرعة العود لم يظهر له وجه ، وان

أراد بدون بقاء الرحل، أوطول الزمان الذي هو خلاف الوقـف كان ما ذكره مقتضى القاعدة.

ومن ذلك تعـرف وجه ما ذكره جامع المقاصد من ان الظاهـر من ان مفارقته من غير ان يبقى رحله مسقط لاولويته ولوقصر الزمان جداً ، كما لو خرج لغرض لاينفك عن مثله عادة ولايخرج في العادة عن كونـه ساكناً، ففي بقاء حقه قوة ـ انتهى.

اذلاوجه لسقوط حقه بالخروج القصير الزمان جداً، بل اللازم بقاء حقه، وان لم يكن له رحل اذا قفل الباب لرؤية العرف ذلك مما يوجب كون ارتكاز الواقف كذلك، ولعل التذكرة أراد ذلك، حيث قال: ولوفارق لعذر اياماً قليلة فهو أحق اذا عاد لانهالفه، وان طالت غيبته بطل حقه، واستحسنه في المسالك وقواه في الروضة ، بل قد يظهر من الروضة عدم البطلان مطلقاً ـ كما حكاه الجواهر ـ .

وانما قلنا ان التذكرة لعله أراد ذلك، اذ لا ينبغي الاشكال فيما اذا لميقفل الباب ولميترك رحله فيسقوط حقه، للارتكاز والسيرة ولاطلاق من سبقبالنسبة الى الشخص الثانى كما تقدم في المسجد.

ثم ان بقاء حقهاذا خرج انماهواذا أراد العود: أما اذا أراد الاعراض سقط حقه ، فان اخرج رحله بنفسه فهـو والا الزم بالاخراج فأن لـم يخرج اخرجه المتولي ولاضمان عليهاذا عطببدون تعد أو تفريط ، اذ هوأمينشرعاً وكذلك اذا اطال الغيبة مماكان خلاف ارتكاز الواقف اوخلاف المصلحة .

ومما تقدم ظهرانه لا فرق بين كون الخروج لعذر أو لا ؟ ومنه يظهر وجه النظر فيما حكاه الجواهر عن جمع : هذاكله في المفارقة لعذر ، اما اذاكانت

لغير عذر فظاهر المتن وغيره بطلان حقه مطلقاً، بل هو صريح المسالك والروضة وغيرهما ، بل في الكفاية انه الاشهر ،الى أن قال : وبقاء الرحل ليس هو من التحجير ، ولـذا لايورث ولايصالح عنه ولاغير ذلك مما يجرى على الحقوق المالية، وانما هو طريق شرعي لحبس المكان باعتبار حرمة التصرف فيه للغير مع فرض عدم المعارضة لذي المنفعة المقصودة ـ انتهى .

أقول : قد عرفت وجه النظر في الفرق بين العذر وغيره ، كما قد سبق في المسجد الكلام حول مصالحة المكان ، وانه حيث كان حقاً جاز ذلك ، فاذا لـم يعين المتولي انساناً خاصاً لسكنى الغرفة بعد خروج الاول ، بل قـال له : أي طالب جلس فيها لامانع لدي، لم يكن وجه لعدم صحة المصالحة من السابق مع أحدهم اذا كان حقه باقياً بان كان مشتغلا بالعلم له حق البقاء مستقبلا، لاما اذا سقط حقه بخروجه عن طلب العلم ، حيث لاحق حينئذ حتى يصالحه .

وأشكل مما ذكره قوله بعد العبارة المتقدمة : والاصل في ذلك عدم أدلة شرعية يتضح منهـا الحال ، اذ ليس الا النصوص التي هي غير جامعه لشرائط الحجية حتى الجبر بشهرة ونحوها في محل الشك ـ انتهى ..

اذ ارتكاز الواقف والسيرة ومن سبق وماأشبه كاف في الاستناد ، ولو شك صدقياً أومصداقياً مما لم يمكن التمسك معه بالادلة الاجتهادية كان مجال الاصول العملية واسعاً .

وعلى ماذكرناه، فاذا خرج في أيام يتعارف فيها الخروج مثل أيام العطل والصيف وأيام التبليـغ كاشهر رمضان والمحرم وصفر لم يسقط حقـه ، كما يعتاد ذلك في مدينتي المشهد وقم المقدستين، ولذا مال اليه في محكي مجمع البرهان ، ومثله بمن يخرج من النـجف الاشرف لاخذ الزكاة من القرى ، أو

لزيارة الامام الحسين عليه السلام ويبقى اياماً قلائل للزيارة، وبمن يذهب الى اهله في القرى ويبقى عندهم اياماً.

قال في الشرائع : له ان يمنع من يساكنه ما دام متصفاً بما به يستحق السكنى.

وقال في القواعد: وله ان يمنع من المشاركة في السكنى مادام على الصفة ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير، قال: والقيد مراد من عبارة الارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة .

أقول: وانما له ذلك اذا لم تكن الغرفة معدة لاكثر من واحد كما صرح به جملة منهم.

قال في الجواهر: اذا كانت العادة ، أو الشرط من الواقف يقتضي انفراد الواحد أما لو فرض كون البيت الواحد معداً لجماعة باشتراط الواقف، أو باقتضاء العادة لم يجز لاحد منع غيره الى ان يبلغ العدد النصاب فلهم حينئذ منع الزائد ـ انتهى.

أقول : اذا كان شرط الواقف الوحدة أو التعدد فلا اشكال في ذلك لقاعدة الوقوف واذا كان المكان لايتسع الا لواحد ولم يرض ذلك الواحد فله ذلك للعسر والحرج ونحوهما وليس ذلك خلاف شرط الواقف واذا كان المكان يتسع لاكثر لاحق له في المنع، وان كان عليه حرج، اذ لايسقط الحرج حق الاخرين، كما اذا كان امام آخر في المسجد الواسع حرجاً على الامام السابق ، أو مرور الناس في الشارع حرجاً بعضهم لبعض فأنه لايمنع اللاحق بحجة حرج السابق.

ومنه يظهر حال ما اذا كان شرط الواقف التعدد وكان حرجاً على السابق ومما تقدم ظهر حال الصور الاربع شرط الواقف وعدمه، وعلى كل حال ـ

في التعدد ـ العسر وعدمه .

أماقول الجواهر: [العادة] مع انها ليست من الادلة الشرعية، فالظاهر انه أراد بذلك ارتكاز الواقف المنكشف من العادة، ثم لو أوقف المدرسة الدينية بالأوقاف المتعارفة لم يصح اعطاء حجرها للنساء الطالبات للعلوم الدينية للانصراف الى الرجال.

نعم اذا كان اطلاق في الوقف ارتكازاً لتعارف كون المدرسة للطلاب و للطالبات صح، كما انه لو أوقف المدرسة للطالبات ، ولو ارتكازاً لم يصح اعطائها للطلاب، وأما خلط المدرسة بين الطلاب والطالبات بأن يعطي بعض غرفها لهم وبعضها لهن، فلا يصح وان كان الوقف مطلقاً للمخطر فليس ذلك مثل اجتماعهما في المسجد والعتبة والمطاف، حيث ان البقاء في المدرسة ليلا و نهاراً مخطور، فاذا شائوا ذلك كان اللازم جعل حاجز بين غرفهما، ولو وضعت المدرسة الدينية لمجرد الدراسة دون المبيت والبقاء لزم اتباع قصد الواقف والظاهر صحة جعل المدارس المتعارفة كذلك اذا كان ذلك انفع بنظر الواقف والا كان من منع الوقف عن بعض منافعه ، ويحق للطالب ان يأتي بالضيف حسب المتعارف ، أويضيف من يريد الوضوء اذا لم يكن الوقف منافياً لذلك والاكان الضيف مزاحماً للطلاب .

أما ان يأتي بزوجته الى المدرسة فلا يجوز، لان وضع المدرسة يخالف ذلك، فانها محل الدراسة لامحل الازدواج والولادة اما غرف المسجد فلا بأس بذلك اذا لم يكن وقفه خلاف ذلك.

نعم يمنع الزواج فيه، ولذا اعتاد بقاء العائلة في مسجد الكوفة وماأشبه، وفي غرفه حيث يقال : انها مسجد فيمنع الزواج فيها اذا ثبت ذلك. نعم، لا بأس

باستصحاب الطالب ولده وأخاه ولودائماً، لان وضع المدرسة لاينافي ذلك وقد جرت السيرة عليه فتأمل هذا اذا لم يكن مزاحماً للطلاب ويجوز ايجار بعض المدرسة أو كلها لتعميرها اذا خربت ، ولم يكن لها متبرع للقيام بذلك ، لانه بالاضافة الى ارتكاز الواقف أمر مضطر اليه بعد دوران الامر بين المهم والاهم، ولو وقعت في الشارع لزم جعل ثمنها في مدرسة اخرى ، لما ذكروه من ارتكاز الواقف في باب الوقف، واذا لم يمكن جعله في مدرسة اخرى للقلة صرف في تعمير مدرسة اخرى، الى آخر ماذكروه هناك، واثاث المدرسة الموقوفة عليها لايصح التعدي والتفريط فيها ، كما لايصح صرفها في غير ماوقفت عليه حتى نقلها الى مدرسة اخرى الا اذا خربت كما تقدم في ثمنها .

ثم انه لايلزم ان يكون الساكن طالباً، بل يكفي ان يكون مدرساً فقط،أما ان يكون خطيباً فقط، فان كان للطلاب كان منهم ، والا اشكل سكناه لانصراف الوقف الى غيره الا اذا لم يكن انصراف وكذا اذا كان كاتباً فقط للطلاب ، أو لغيرهم، أو لنفسه، فانه كالخطيب، ثم ان المدرس في وقت درسه لايحق له ازعاج الطلاب، لانه تعدلم يوضع له الوقف، وان كان يدرس في المدرس وفي الصيف وابان التبليغ اذا فرغت الغرفة حق للمتولي اعطائها موقتاً لطالب لايسافر لاغرفة لـه الا اذا كان محذور خارجي ، ولايحق للطالب اذا أراد ان يخرج ان يعطي غرفته لطالب آخر بدون اذن المتولي لماتقدم من ان الاختيار بيد المتولي .

وكذا اذا أراد الامام الراتب ان يعطي محله في المسجد لامام آخر، ولايحق للطالب ان يبقى في الكنيف والحمام والحوض أكثر من المتعارف بدون احتياجه واحتياج الاخرين والا جاز .

أما الاول: فلتساوي الحقوق، فلاحق له في المزاحمة .

وأما الثاني: فلان احتياجه وسيعة يجعله ممن سبق ولانطباق الوقف عليه، ولو وقفت سيارة للمدرسة يحق للطالب الانتفاع بها بقدر الوقف، لافي اموره الشخصية، ولوكان وارد للطلاب لايحق لغير الطالب في تلك المدرسة الاستفادة منه ، وان احتال بان أخذ غرفة لذلك اذا لم يصر من الطلاب حقيقة ، وحيث تعارف في عالم اليوم جعل مزايا للطلاب كان حكمها كذلك .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في القواعد: المعادن قسمان ظاهرة وباطنة، اما الظاهرة فهي لاتفتقر في الوصلة اليها الى مؤنة كالملح والنفط والكبريت والقار والموميا والكحل والبرام والياقوت، فهذه للامام عليه السلام يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها ـ انتهى .

أقول: المعدن بكسر الدال، وأما بالفتح فهو الصاقورة، يقال: لما استخرج من الارض مما كانت أصله، واشتمل على خصوصية يعظم الانتفاع بها، كذا قاله في مفتاح الكرامة: وأخذه منه الجواهر، وفي المسالك ان المعادن هي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة .

ثم لايخفى ان الارض غالباً معدن ينتفع به ، وان اختلف الانتفاع غلاءاً ورخصاً حسب كثرة الفائدة وقلتها، ومن المعادن مايحتاج الى الاستخراج عن التراب، وان لم تكن في عمق الارض ، مثل الالمينيوم ، ومنه ما لا يحتاج الى الاستخراج كذلك ، ومنه مايتكون من الماء، مثل قسم من المرمر، وقسم من الملح ، ومنه مايتكون من الارض ، ومنه ما يكون من بينهما كالمومياء .

ومنه قسم من الطين كطين الارمن وطين الخاوة، ومن المعادن مايستخرج من أرض البحر ، ومنه مايستخرج من ماء البحر الى غير ذلك ، والتحقيق في حقيقة المعدن غير مهم بعد ان الروايات المشتملة عليه القيت الى العرف، وفهمهم المعيار في الصدق، فان صدق على شيء المعدن عرفاً فهو، وان لم يصدق لم يترتب عليه حكمه ، وان شك في الصدق لاختلاف العرف على أنفسهم ، أو عدم معرفة العرف له لشكهم لم يترتب عليه حكم المعدن ، هذا اذا كان الشك في الصدق .

أما اذا كان الشك في المصداق ، مثلا : علم ان طين الارمن معدن

والطين غيره ليس معدناً، وشك في انه هل طين ارمن أملا ؟ فالاصل عدم تعلق أحكام المعدن ، كما اذا شك في ان فلانة هاشمية أم لا ؟ كما ذكروه في باب الحيض .

ثم الظاهر صحة اقطاع النبي والامام للمعدن ، بل لاينبغي الاشكال فيه لما تقدم فى أدلة الاقطاع، سواء كان ظاهراً أم لا؟ وحيث قدتقدم اطلاق أدلة ولاية الفقيه كان حكمه حكمهما .

ومنه يعلم، ضعف قول الشرائع في جواز اقطاع السلطان المعادن والمياه تردد، اذلاوجه للتردد، وقدذهب الى جوازاقطاعه التذكرةوالشهيد في الحواشى خلافاًللقواعد، ونقل فيمفتاح الكرامة عدمصحة اقطاعه عنالمبسوط والمهذب والسرائروالتحرير والدروس واللمعة والروضة.

واستدل في الجواهر لصحة الاقطاع بكونه من الانفال بضميمة ان الناس مسلطون علىأموالهم[1] ـ كمافي الحديث المروي فيالبحارفى [ج ٢ ص ٢٧٢] منالطبعة الحديثة ،كما في حاشية الجواهر ـ ففيخبراسحاق سألت أباعبدالله عليه السلام عن الانفال ؟ فقال : هي التيخربت (الى ان قال) والمعادن منها.[2]

وفيالمرسل ، عنالصادق عليهالسلام ، انه سأل عن الانفال ؟ فقال : منها المعادن والاجام .[3]

وعنداود بن فرقد ، عنأبي عبدالله عليهالسلام ، قال : قلت : ومالانفال؟ قال : بطون الاودية ، ورؤس الجبال ، والاجام ، والمعادن[4] ـ الحديث .

---

(١) البحار : ج ٢ ص ٢٧٢ (الطبعة الحديثة) .
(٢) الوسائل : ج ٦ ص ٣٧١ الباب ١ من أبواب الأنفال ـ كتاب الخمس ـ ح ٢٠ .
(٣) المصدر : ص ٢٧٢ ح ٢٨ .
(٤) الوسائل : ج ٦ ص ٣٧٢ الباب ١ من الأنفال ح ٣٢ .

وفي كتاب عاصم الحناط ، عن أبي بصير ، عن الباقر عليه السلام ، قلت له : وما الأنفال؟ قال المعادن ـ الحديث. وعليه فاذا كان المعادن للامام وهو مسلط على ماله كان له اقطاعه .[1]

بالاضافة الى ماورد في نصوص الانفال ان ماكان لله فهو لرسوله يضعه حيث شاء و كذلك الامام بعده ،[2] وعليه فلا اشكال في ان للامام الاقطاع ، بل هو من ضروريات مذهب الشيعة ، و كأن من قال بأنه ليس للسلطان أو تردد أراد نائب الغيبة .

أما من قال بالصحة ، فقد استدل بعموم ولاية الفقيه ، وهذا هو الذي اخترناه كما ذكرناه في كتابي الفقه : [الحكم في الاسلام] و[السياسة] وأول هذا الكتاب الماعاً ، ولايقف امام ذلك ان مورد الاقطاع الموات باعتبار كونه كالتحجير والمعدن الظاهر ليس مواتاً، أو لان المشهور كون الناس في المعدن شرع سواء فلايصح اقطاعه ، أو للاصل ، أو لان ذلك ظلم للاخرين .

أو لما رووه عن حنان ، قال : استقطعت رسول الله معدناً من الملح بمازن فاقطعنيه، فقلت: يارسول الله انه بمنزلة الماء العد ـ يعني انها لاتنقطع ولاتحتاج الى عمل ؟ ـ فقال رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم : فلا آذن .[3]

أو ـ كما يعلل حديثاً ـ انه موجب للرأسمالية الاستثمارية وهي غير صحيح في نظر الاسلام، أو لان الكلاء والنار والملح اذا كانت مشتركة ، كما في النصوص كان كل المعادن كذلك بالطريق الاولى ، أو غير ذلك مما قد قيل ، أو يقال : اذ في الكل مالا يخفى :

---

(١) المستدرك : ج ١ ص ٥٥٣ الباب ١ من الأنفال ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ١ ص ٥٥٤ الباب نفسه ح ٣ .

(٣) نقله ابن قدامة في المغنى ج ٦ ص ١٥٦ .

فان الاول : اعتباري والشهرة ليست بدليل، والاصل لامجال له بعد الدليل والظلم ممنوع لاماذا لم يكن ظلماً ، فالدليل أخص ، ورواية حنان ضعيفة ، بالاضافة الى ضعف الدلالة ، والرأسمالية الغربية ممنوعة ، لا كل رأسمالية ، قال تعالى:«فلكم رؤس أموالكم»[(١)].

والاشتراك ذاتاً لاينافي الاقطاع عرضاً ، ومماتقدم يعلم جواز اقطاع الفقيه للمعدن مدة أو مطلقاً ظاهراً كان أوباطناً مماسمى اصطلاحاً معدناًأو لم يسم مثل اقطاعه معادن البحر الميت مثلا ، ومن المعلوم ان عدالته تمنع جوره وظلمه بحق الاخرين ،كما تقدم الكلام في ذلك .

ثم ان المسالك قال : هذه الرواية على تقدير صحتها محتملة للقولين ، لكنها قد تشكل على اصول أصحابنا لتغيير رأيه في الحكم بسبب اختلاف النظر في المعدن ، وهي نظير ماروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم في انه لما انشدته أخت النظر بن الحارث :

أمحمد ولانت نسـل نجيبة ... في قومها والفحل فحل معرق

مـا كان ضرك لومنت وربمـا ... من الفتى وهـو المغيظ المحنق

الابيات ، بعد ان قتل الرجل بأمره صلى الله عليه وآله وسلم ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : لو بلغني هذه الابيات قبل قتله لماقتلته[(٢)].

أقول : لا اشكال في كلا القصتين من جهة اصول الاصحاب ، اذ الحكم نابع للموضوع ، ولا يلزم ان يظهر النبي والامام علمه بأن مـا يسأله السائل

(١) سورة البقرة : الآية/٢٧٩ .

(٢) المسالك : ج ٢ ص ٢٩٣ س ٢٧ .

غير الواقع ، فاذا سأل عن الامام شككت بين الاثنتين والثلاث قبل الاكمال يقول له الامام أعد، وإن كان الامام يعلم ان شكه كان بعد الاكمال لاقبله، الااذا كانا عليهما السلام في طريق الاعجاز فالمستقطع طلب أولا معدناً ظاهره الانقطاع فلما أظهر انه ليس ينقطع لم يقطعه صلى الله عليه وآله وسلم ، كما اذا قال له صلى الله عليه وآله وسلم:انه حصل على كمية من الحنطة ـ وظاهر كلامه كان دون خمسة أوسق – حيث يقول له : لازكاة فيه ، فاذا قال: بل هي خمسة أوسق يقول صلى الله عليه وآله وسلم : فيه زكاة .

و منه يعلم ، ان قول الجواهر بان ظاهره لما كان استقطاع موات يحتاج الى احياء ، فلما اظهر كونه ظاهراً حياً منع من اقطاعه فلا دلالة فيها الا على منع اقطاع الظاهرة منها التي هي محل البحث ، اذ لا كلام في جواز اقطاع الباطنة ـ انتهى .

و ان تمت كبراه كما ذكرناه ، الا ان صغراه ، أي ان المنع كان لاجل الظهور غير ظاهر الوجه ، فقد سبق ان للامام اقطاع أي شيء من الارض من غير فرق بين الظاهرة الباطنة .

أما قصة نظر فهي كقصص مشابهة تدل على قبول النبي الشفاعة ، و هو فضيلة لايخالف شيئاً من الاصول ، ولعل الجواهر أراد ذلك ، حيث قال: لعله من تغيير الحكمة التي يدور معها الحكم الشرعي ـ انتهى .

وكم لهم عليهم السلام قبول بعد الشفاعة حين كان الحكم غير ذلك قبلها كما في قصة أبي سفيان والعباس ، وقصة الذين أمر صلى الله عليه وآله وسلم بقتلهم في فتح مكة ثم عفى عنهم وقصة الذي أمر بقتله لتآمره ثم لما ظهر كونه ذا صفات حسنة عفى عنه ، وكذلك قصة شفاعة الحسين عليه السلام عند أبيه

عليه السلام لشمر الى غير ذلك .

وكيف كان فالفرق بين النبي و الامام وبين نائب الغيبة ان الشيء ملكهم يتصرفون فيه تصرف الملاك بخلاف نـائب الغيبة ، حيث ان اللازم ان يعمل منطبقاً على الموازين الاسلامية الخاصة، مثل جلد الزاني مأة سوط ـ لا التسعين أو مأة وعشرة ـ أو العامة مثل ما كان فيه مصلحة ، وهي مفوضة اليه ، فالفرق بينهما كالفرق بين مالك الدار، ومتوليها بعدوقف المالك لها ، حيث ان الاول ان يهب ويعوض ويجعلها جعلا ويرهن ، وغير ذلك ، بينما المتولى ليس له الا ان يعمل حسب شرط الله في الوقف وشرط الواقف حال الوقف .

لايقال : والفقيه أيضاً قد يخالف الحكم الشرعى ، مثل انه يـأمر بسكب الألبان اذا كان خطر الوباء مع انه خلاف الناس مسلطون على أموالهم[١].

لانه يقال : ذلك من باب الحكم الثانوي ، حيث يشخص موضوعه ، أي الضرر والضرورة ، لانه خلاف الحكم الاولي اعتباطاً ، ولابأس بالاشارة هنا الى موضوع مبتلى به في الزمان الحـاضر ، وهو ان مجلس الامة اذا شخص بأكثرية الاراء ان الموضوع الكذائي ضرري مثلا ، مما ينتقل الحكم معه الى الثانوي لم يحق له سن القانون لذلك ، لاقانوناً دائماً ـ لان الضرورات تقدر بقدرها ـ ولاقانوناً موقتاً قبل رأى الفقيه الجامع للشرائط ، اذ مجرد الاكثرية لادليل في نفوذه بدون رأى الفقيه الجامع فانهم عليهم السلام، احالوا الحوادث الواقعة الى رواة الحديث[٢] ، فاللازم عرض المجلس الرأيين للاكثرية والاقلية

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٠١ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ٩ .

على الفقيه ، وهو يجتهد في تشخيص الموضوع ، فان رآه كما قال الاكثرية حكم بالحكم الثانوي، والاحكم ببقاء الحكم الاولي .

وكذا اذااختلف المجلس الى انه موضوع كذا أو كذا، فيما كان كلاهما حكماً أولياً، أو حكماً ثانوياً ، بل وحتى اذا اتفق المجلس على انه موضوع حكم اضطراري ، ولم ير الفقيه ذلك لاينفذ حكماً اضطرارياً ، وقد ألمعناالى بعض هذا المبحث في موضع آخر من هذا الكتاب .

ولما ذكرناه في الفرق بين الامام والنائب .

قال في الجواهر : انه ليس للثاني ما كان للاول فهو من خواص الامامة لايندرج في اطلاق ما دل على نيابة الغيبة المنصرف الى مـا كان منطبقاً على الموازين الشرعية الظاهرة كالقضاءوالولاية على الأطفال ونحوذلك۔ انتهى .

(مسألة ـ ٨ ـ) لو سبق انسان الى المعدن كان له أخذ حاجته في الجملة و في الجواهر : انه بلاخلاف ولااشكال ، وما ذكره يظهر من اطباقهم على ذلك ، و يدل عليه روايات الانفال بضميمة انهم ابـا حوا لشيعتهم، كما تقدم .

وما دل على انه جعل للانسان ما في الارض جميعاً [1]، والاجماع المتقدم ، وعموم قوله عليه السلام : من سبق الى مالايسبق اليه مسلم فهو احق به، [2] بل والمناط في السبق الى الموات ، وان دفعه ظلم ، و ان له حقاً عرفاً ، فيشمله لايتوى [3]، الى غير ذلك .

و قد تقدم انه لاحق للدولة في جعل المعادن لنفسها بحجة زيادة مصارفها أو بان ذلك يوجب الرأسمالية المحرمة على الطريقة الغربية أو ما أشبه ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب [الفقه : الاقتصاد] فراجعه .

ولافرق بين ان يكون السابق غنياً أو فقيراً ، كما لافرق بين ان يأخذأزيد ممايعتاد لمثله أو لا وفاقاًللمحكيعنالمبسوطوالفاضلين والشهيدينوالكركي و في الجواهر وغيرهم ، خلافاً للمحكي عن بعض ، حيث لم يجوزه ، ولعله لان المنصرف عن أدلة السبق انه له الحق بقدر المعتاد ، لاالاكثر ، و قد نقل هذا القول مفتاح الكرامة عن السرائر وجامع الشرائع والايضاح بل، قال : هو الظاهر من الشرائع والارشاد واللمعة والمفاتيح ، حيث قـالوا : من سبق أخذ قدر حاجته ، بل نسبه في التذكرة الى أكثر أصحابنا .

---

(١) سورة البقرة : الآية/٢٩ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب الشهادات ح ٥ .

أقول : للمسألة صور :

الاولى : ان يسبق غني وهناك فقير يوجب أخذ الغني حرمانــه وبقائه في جوعه، والظاهرانه لايحق له، اذ ظاهر[لكم] ان لكل بقدره، وحيث انالاباحة للغنى معناه ابقاء الفقيرجائعاًوله سؤال انه كيف صار [لكم] واناجائـع؟ لميحق له الاخذ، بل اللازم ان يدعه للفقير، ومنسبق[(1)] منصرف عنهذه الصورة،ومثله ماذا كان البحر يعطي كل يوم صيداً لشبع مأة صياد ، فهل يحق لغني أن يأخذ ذلك الصيد سابقاً عليهم ليبقوا في حالة جوع؟ بل اللازم ان يقال: انه لوسبق وأخذ كان اللازم اعطائهم فهو لهم لاله .

الثانية: ان يسبق غني ويأخذ أكثرمن حاجته، وهذا لابأسبه اذا لميبقفقير جائعاً ، لافي الحال ولافي المستقبل .

أما الاول: فلاطلاق من سبق .

وأما الثاني : فلحكومة [لكم] ويؤيد ذلك [ما آمن بي ..] و [ما رأيت نعمة موفورة . .] و [ماجاع فقير . .] الى غير ذلك ، وعليه فحق هذا الجيـل والاجيال الاتية في العيش الكريم ،كما يستفاد من [لكم] وغيره يجعل جواز تمتع الغني وسبقه مشروطاً بأن لايكون تعدياً على حق معاصريه، ولاعلى حق من يأتي بعده.

الثالثة: انيسبق فقيربقدره، وليسهناك فقيرآخر، ويشمله من سبق،وكذا اذا سبق وأخذ أكثر من قدر حاجته .

الرابعة: ان يكون هناك فقيرآخراذا أخذالسابق أزيد منحاجته بقيالاخر

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

جائعاً، ولاحق للسابق الابقدر حاجته ليبقى الباقي للاخر.

الخامسة: ان يكون هناك فقير آخر اذا أخذ السابق بقدر حاجته بقي الاخر جائعاً ، وفي جوازه للاول، لانه سبق ولم يسرف، وعدمه وانما اللازم التقسيم لحكومة [لكم] على من سبق وجهان لايبعد الثاني ، بل يمكن ان يستفاد ذلك من كلام بعضهم ، حيث علق ذلك على ان لايضر الاخر .

قال في الجواهر : ان مرجع قول بعض الاصحاب أخذ بغيته وحاجته ونحوهما الى شيء واحد وهو جواز الاخذ زائداً على الحاجة مالم تحصل المضارة، وقال: قبل ذلك، والاولى من كلام المسالك ما ذكرناه الامع وصول الامرالى حد المضارة بالغير، ولعله الى ذلك يرجع مافي جامع المقاصد من التقييد بما اذا لم يصرمقيماً .

هذا وان تسابق اثنان على معدن بحيث امكن ان يأخذ كل منهما منه أخذ، سواء كان دون بغيتهما لقلة مافي المعدن، أو بقدرها، أوفوقها ، وذلك لتزاحم الحقين فاللازم الجمع مثلا: لو كانت بغية كل بقدر [من] من الملح وكان كل مافي المعدن بقدر من كان لكل منهما نصفه، اذلاوجه للترجيح، سواء في الكل ، أو في النسبة، بأن يأخذه أحدهما فقط، أو يأخذ أحدهما بقدر ثلاثة أرباعه والاخر بقدر ربعه .

نعم، اذا كانت حاجتهما مختلفة بأن كان التنصيف يوجب جوع ماحاجته أكثر وزع حسب الحاجة، مثلا: كان أحدهما مجرداً والاخر له زوجة وولد مما كان توزيع المن على أرباع يعطي حاجة الجميع .

أما اذا وزع نصفين زاد عند المجرد ربع وبقى أحد الثلاثة جائعاً ، وذلك لما تقدم من حكومة [لكم] على دليل السبق .

ولو ضاق المعدن عن اجتماعهما .

ومثله اذا أرادا متح الماء عن بئر لايتمكنان من الاجتماع والمتح معاً، فان كانت حاجة أحدهما ضرورية قدم ،كما اذاكان يموت من العطش اذا اخر عن صاحبه الذي لايموت من العطش، وذلك للاهمية فيقدم الاهم على المهم ،كما دل عليه العقل والشرع، وان كانت الحاجتان متساويتين ورضيا بأن يتقدم أحدهما فهو، والا بان تعاسراً فالقرعة لانها لكل أمر مشكل، حيث لاترجيح، ولادليل آخر يكون مرجعاً في المقام .

ومما تقدم ظهر انه لوتساويا في السبق، ولم يمكن اجتماعها في الاخذ ـ لضيق في المكان مثلاـ له صور أربع: لانه أمايكفي كليهما أو لا، وعلى كل حال أما لاحدهما ضرورة أو لا؟ فان كانت الاولى بالكفاية، وعدم الضرورة لاحدهما فالقرعة لتقديم أيهما، وان كانت الثانية بالكفاية والضرورة لاحدهما قدم المضطر وان كانت الثالثة بعدم الكفاية ، ولاضرورة لاحدهما فالقرعة، ولا يحق للسابق بالقرعة ان يأخذ أكثر من حقه ، لان المعدن بالسبق صار لهما، وان كانت الرابعة بعدم الكفاية وضرورة لاحدهما ، فان المضطر يقدم ويأخذ بقدر نصيبه ، لا كل المعدن، اذ تقديم الاضطرار له لايوجب سقوط حق الغير .

وبهذا ظهر، بعض مواضع النظر في المحكي عن جامع المقاصد، قال : فتلخص من هذا انه مع السعة لمطلوبهما المرجع القرعة في التقديم، ومع عدمه فالقسمة، فان تشاحا في التقديم أقرع ، ولو ان أحدهما قهر الاخر وأخذ مطلوبه اثم قطعاً ، ثم ان كان المعدن واسعاً ملك ماأخذه لانه لم يأخذ مااستحقه الاخر والا لم يملك الا ماتقتضي القسمة استحقاقه اياه .

ومثله مالو ازدحم اثنان على الفرات .

مثلا : فقهر أحدهما صاحبه وحاز ماءاً ، فان الظاهر انه يملكه بخلاف مالو ازدحما على ماء غدير ونحوه ممالايقطع بكونه وافياً لغير منهما فان الاولوية لهما فلايملك القاهر ما أخذه الا بعد القسمة ـ انتهى .

وتبعه على ذلك في الروضة والمسالك، وان أشكل عليه الجواهر باشكالات لم يظهر وجهها ، خصوصاً قوله : واغرب منه دعوى عدم ملك الظالم فى غير الواسع مازاد على القسمة الى آخر كلامه ، حيث ان ماذكره المحقق مقتضى القاعدة، فان المعدن لوكان قليلا وسبقاً تعلق حقهمابه فتقدم أحدهما لايجعل كل المستخرج له ، فقول الجواهر المتجه ترتب الملك على الحيازه المزبورة لو قهر صاحبه فمنعه منها، وان كان ظالماً ـ انتهى غير ظاهر.

ثم انه قد ظهر من ذلك انه لو كان المعدن لهما وكان غير قابل للقسمة مثل ياقوته، أمااطلاقاً، وأمالان القسمة توجب قلة القيمة، لان قيمتها تنحطم بتحطمها كان المقام مثل سائر مقامات تعذر القسمة على ماذكرناه في[الفقه : كتاب الشركة] فراجع .

أما عبارة القواعد ، حيث قال : فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع، ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج، فلايخفى لزوم تقييده بماذكرناه مع انه لاتساوى بين احتمالى القسمة وتقديم الاحوج ، كما ان الظاهر ان القرعة تتحقق من المتسابقين فلاحاجة الى اقتراع الامام، وان ذكره السرائر والمبسوط والخلاف على المحكى عنهم .

ولو تنازعا فقال أحدهما : توافينا فالشركة في القليل والاقتراع فيما اذاضاق المجال عن نيل كليهما معاً ، وان وسع لكليهما جوهراً ، وقال الاخر : بل

اناكنت السابق فان أتى بالبينة فهو والاتحالفا ، أوتركا الحلف ويكون بينهما لاصالة عدم السبق .

ولوتنازعا فقال أحدهما: اناالسابق، وقالالاخر : بلاناالسابق مع اتفاقهما علىعدمالتوافي ولابينة ولاحلف ، أوحلفا معاً أواتيا بالبينة، فالامربينهما شركة مع قلة الجوهر ومع كثرته ، وتعذر أخذهما معاً القرعة لتقديم ايهما .

أما الشركة فلاصل عدم الترجيح ، وأما القرعة فلانها لكل أمر مشكل[1] ، ولو سبق أحدهما وادعى الاخر فقره بمالايحق للاول أخذه أزيد من حاجته عندالسعة وأخذه الابقدرمالايضر الاخرمع الضيق، فان علم فقره سابقاًاستصحب والافعليه البينة لانه يريد أخذ مافي يدغيره فهومدع، وان لم تكنله بينة حلف الاخر ، وان لم يحلف الاخر بنى على مسألة الحكم بمجرد النكول ، أو بعد الحلف المردودة، واذاكان جوهرلايكفييوماً الاقوت المستخرج، فيستخرج كل يوم بقدر نفسه لايحق للاخر السبق اليه في يوم آخر ، لان الاول سابق عرفاً .

كما ذكر مثله في امام المسجد والمدرس في مدرس خاص ، ولو سبق واستخرج لم يملكه لانه صارحقاً له دون الذي سبقالان ، وكذا فيباب الصيد وما أشبه .

نعم علىمايظهر منالجواهرفيمسألة تقدمت:انالسابقالان ظالم لاان المال لايكون له .

وكيف كان ، فقد ظهر من الادلة التي تقدمت في جواز أخذكل أحد من

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

المعدن وجـه قول الشرائع في رد بعض الفقهاء قال : ومن فقهائنا من يخص المعادن بالامام عليـه السلام فهي عنده من الانفال ، وعلى هذا لايملك ماظهر منها ومابطن ولو صح تملكها بالاحياء لزم من قوله : اشتراط اذن الامام ، وكل ذلك لم يثبت .

وقال في الجواهر : ان أولئك الفقهاء هم المفيد وسلار والكليني وشيخه علي بن ابراهيم ، والشيخ على ماحكى عن بعضهم .

أقول : استدل للاول : باخبار ان المعدن من الانفال كما تقدم .

وللثاني : بمادل على انهم عليهم السلام أباحوا لشيعتهم [1] وبالسيرة القطعية ، وبالشهرة المحققة ، وبقوله سبحانه : « خلق لكم ما في الارض » [2] مما يؤيد ان المراد بملك الامام ملكه الطولي ، مثل ملك الله سبحانه ، لاالعرضي ، وبمادل على صحة اشتراء الارض من الكفار كما تقدم بعد وضوح عدم الفرق بين الارض الموات والمعدن في كون كليهما للامام فيدل بالمناط على ان المعدن كذلك أيضاً .

وبقوله صلى الله عليه وآله و سلم: ثم انها لكم مني أيها المسلمون [3] ونحوه بعد ان المنصرف منـه كل مافي الموات من عشب وماء وصيد ومعدن واشجار وغيرها ، وبأن في المعدن الخمس ، مما ظاهره انـه يملك بالاستخراج، ولو احتاج الى الاذن لنبه عليه، وبغير ذلك من الأدلة، ولذا كان المشهور شهرة عظيمة ان النـاس في المعدن شرع سواء ، بل قيل قد يلوح من محكى المبـسوط و

---

(١) الوسائل : ج ٦ ص ٣٨١ الباب ٤ من أبواب الأنفال ح ٧ ـ ٨ ـ ٩ .

(٢) سورة البقرة : الآية/٢٩ .

(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٣ .

السرائر نفي الخلاف فيه.

ومما تقدم، ظهر انه لاوجه للتفصيل بين مواته عليه السلام فله ، ويحتاج الى الاذن ،وبين غيره، أوما فصله في الدروس بين حال الحضور فيحتاج الى الاذن وبين حال الغيبة فلا يحتاج.

نعم، ينبغي ان يقال: ان ماكان منه في المفتوحة عنوة كان لكل المسلمين، لان الظاهر من اخبار المفتوحة بقرينـة الانصراف ان الارض وكل ما فيها من معدن وشجر وصيد وماأشبه للمسلمين ، كما اذا قيل هذه الارض لفلان حيث يستفاد منه ذلك وقد سبق ذكر هذه المسألة في [الفقه: الاقتصاد].

وكيف كان فقد ظهر الاشكال في كلام المسالك حيث قال: ماكان منها ظاهراً لايتوقف على الاحياء يجوز في حال الغيـبة أخذه كالانفال، وما يتوقف على الاحياء ، فان كان الامام عليه السلام ظاهراً فلا اشكال في عدم تملكه بدون اذنه ومع غيبته يحتمل كونه كذلك عملا بالاصل وان جاز الاخذ منه كغيره من الانفال لان تملك مال الغير يتـوقف على اذنه وهو مفقود ، وانما الموجود الاذن في أخذه.

اذ يرد عليه ان الاذن في الاخذ يستـفاد عرفاً منه الاذن في التـملك فليسا الا شيئاً واحداً، هذا بالاضافة الى مافي الفرق بين حال الحضور وحال الغيبة وبين المحتاج الى الاحياء وغيره، اذ لادليل على شيء من التفصيلين.

ثم انـه كما يصح للفرد الاستـيلاء على المعدن بقدر حاجته يحق للدولة الاستيلاء عليه وله أحكام .

الاول: ان لاتزاحم الناس في أقواتهم لما تقدم من عدم حق الشخص في الاستفادة أزيد من حاجته، فان الدليل فيهما واحد ، فهو من قبيل ان يستـولي

فرد ويمنع الاخرين فيماكان المعدن واسعاً .

الثاني : ان يكون التملك بقدر حق البلاد ، اذ المعادن وسائر ثروات الارض كلا لرفاه كل الناس فلا يحق لفئة ان يعيش في رفاه وآخرون يتضرورن جوعاً مسلمين كانوا أم كفاراً غير محاربين.

الثالث: ان لايتعدى على حق الاجيال الاتية، لان ثروات الارض ليست لجيل أونحوه، وهذان الامران يستفادان من [لكم] ونحوه كما ذكرناه مفصلا في [الفقه: الاقتصاد] وتفصيل الكلام في ذلك ان الارض لله، والناس عبيده،و قد جعل كل الثروات للكل من أول البشر الى آخره، يستفيد كل بقدر حاجته بلا اسراف ولا اقتار، الا اذا حصل تعارض غير طبيعي فيكون اللازم الاقتار حسب التوزيع بالعدل، كما اذا لم يقدر اثنان على الماء وكان هناك ماء يكفي لاحدهما، فانه يقسم بينهما، لقاعدة العدل والانصاف وغير ذلك .

وحيث ان هذا الامر لله سبحانه يمنع عنه المبطلون المستولون على ازمة البلاد والعباد، حيث يجوع كثير ويتخم كثير ويهلك حق كثير من الاجيال الاتية كان اللازم التكلم حول تكليف الدولة الاسلامية ، فالثروات التي في أرضها من البحار والمعادن والغابات وماأشبه تنقسم الى قسمين:

الاول: الدورية منها، وهي التي لاتنضب مثل البحر، حيث يربى الاسماك دائماً، والغابة حيث تعطي الشجرة دائماً والحيوانات حتى تعطي الافراخ دائماً وبالنسبة الى هذا القسم الدولة تحافظ على عدم قطع التوالد بعدم استئصال شأفة الاصول ، مثل ان يصاد كل الاسماك و الحيوانات حتى تنقطع الثروة الحيوانية مثلا، لان ذلك نوع من الفساد، والله لايحب الفساد،[1] ولانه نوع من

(١) سورة البقرة : الآية/٢٠٥ .

افقار البلاد والعباد وذلك خلاف الصلاح الذي وضع الحاكم لمراعاته كما يحاوظ على توزيع تلك الثروات توزيعاً عادلا، أي لايترف مترف على حساب جوع فقير.

والثاني: غير الدورية، وهي التي تنضب كالنفط والنحاس وما أشبه وهذه يلزم ملاحظتـها أكثر، حيث يلزم ان يقدر الخبراء بالنسبة اليـه قدر حق هذا الجيل بما لازيادة، ولانقيصة حتى لايكون تعدى على هذا الجيل بالنقيصة، و لا على سائر الاجيال الاتية بالزيادة فاللازم ملاحظة مسألتين:

الاولى: قدر نقص من في داخل الدولة بعد لزوم ملاحظة كل الثروات و كل الاعمال من العمال وكل الثروات الزراعية من الزراعين، الى غير ذلك، فيؤخذ قدر النقص من القسمين الدورية وغير الدورية مع ملاحظة تقديم الدورية حيث ان ذلك أقرب الى الصلاح والحاكم وضع للصلاح وذلك احتياطاً على غير الدورية ان لاتنضب .

الثانية : قدر مايمكن من اعطاء الآخرين الذين هم خارج الدولـة وهم محتاجون بحيث لايبقي اجيالنا الاتية في داخل الدولة فقراء، اذ اعطاء الاكثر تعد على حقهم ،كما ان عدم اعطاء الخارجين خلاف [لكم] اذ الشرع لايقيد بالحدود الجغرافية المصطنعة، وقد ألمعنا الى هذا الكلام في [الفقه: الاقتصاد] والله سبحانه العالم .

ثم ان الشرائع قال : و لو كـان الى جنب المملحة أرض موات اذا حفر بهابئر و سيق اليها الماء صار ملحاً صح تملكها بالاحياء واختص بها المحجر ـ انتهى .

وذلك ما ذكره المشهور ، بل الظاهر انه لاخلاف فيه بينهم ، كماأرسلوه ارسال المسلمـات ، بل في الجواهر : بلاخلاف أجده في شيء من الثلاثة ، بل ولااشكال ، ويدل عليه من سبق وغيره من الاطلاقات والمناطاة ، فان ذلك أحياء للارض بحفر البئر ، أما المملحة فانها على حكمهـا من الاباحة لكل من يستفيد ، كما صرح بذلك في مفتاح الكرامة .

أما قول القواعد : صح ملكها و لم يكن لغيره المشاركة ، فالضمير عائد الى البئر ، لاالى المملحة كما لايخفى .

و قـال في مفتاح الكرامة : ان جامع المقاصد صرح بذلك و هو قضية كلام الباقين .

أقول : و من كلامهم هنا يعرف الحال في اشبـاه ذلك مثل الارض التي يتجمد فيها الماء ثلجاً ، أو مرمراً ، أو يوجبسوق الماء اليها خروج معادنها الكامنة ، وكذا مد ماء البحر الى السواقي و الاحواض التي يوجب تجمعه و تبخره ثم بقاء المعادن مما له قيمة ، الى غير ذلك، لان كل ذلك سبق فيشمله الدليل .

نعم ، يلزم ان تقيد بمـا تقدم من ان لايكون زائداً على حقه ، ثم ان مـا تقدم من ان المملحة على حكمهـا انمـا هو اذا لم تكن صغيرة بحيث يكون السابق مستوعباً لها ، والا لم يحق لغيره بعد ان كان السابق أحق به .

(مسألة ـ ٩ ـ) المشهور فرقوا بين المعادن الظاهرة ، كما سبق في عبارة الشرائع ، وبين الباطنة ، فقال في الشرائع : ـ هنا ـ و المعادن الباطنة التي لاتظهر بالعمل كمعادن الذهب والفضة والنحاس فهي تملك بالاحياء .

وقال في القواعد [في المعادن الظاهرة] الاقرب اشتراك المسلمين فيها[و فى الباطنة] الاقرب عدم الاختصاص، وعلل اختلاف التعبير في محكى الايضاح بقوله : انما قال : في الظاهرة انها مشتركة، وقال : هنا بعدم الاختصاص لان هذه ملحقة بالموات ، فمن احيى شيئاً منها فهو احق به[(١)]، لكن جامع المقاصد رده بقوله : انه لاتفاوت بين العبارتين الا التفنن ، و في استفادة ما قاله في الايضاح من هذا اللفظ نظر فان الاشتراك في الاول لايراد به الا عدم الاختصاص فان أراد الأشتراك الحقيقي ، فمعلوم البطلان ، لان الناس في المعادن الظاهرة سواء .

أقول : لم يظهر لناوجه لتفصيلهم الابيان ان أحدهما لايحتاج الى الاحياء و الاخر يحتاج ، و ذلك غير موجب لاختلاف الحكم ، فكلما لم يكن محيى اذا أحياه الانسان ملكه ، و كلما كان محيى اذا استولى عليه الانسان ملكه .

و منه يعلم ، ان قول مفتاح الكرامة في الفارق قد عبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم في مثل المعادن الظاهرة بالاشتراك ، و كذلك الامام عليه السلام ، وفي الموات بالاحقية ، أي الاولوية والاختصاص .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

ففي النبوي صلى الله عليه و آله وسلم : الناس شركاء في ثلاث : الماء ، و النار ، و الكلاء .[1]

وقال الكاظم عليه السلام : ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء .[2]

الى آخر كلامه .

فيه : بعد عدم الفرق بين الاشتراك ، وبين الاحقية لغة و عرفاً ، ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم: انها لكم مني أيها المسلمون عبارة اخرى عن الاشتراك وأي فرق بين ان يقال : الشيء الفلاني مشترك ، أوأن الشيء الفلانى للجماعة الفلانية .

وعليه ، فلا فرق بين القسمين فى أن من أخذهما كان له و من استولى عليهما ، ولو قبل الاخذ كان خاصاً به، وان كان الاستيلاء على الظاهرة لايحتاج الى زيادة مؤنة فى الاخذ بينما الاستيلاء على الباطنة بحاجة الى زيادة مؤنة فى الاخذ ومجرد ذلك لايوجب فرقاً ، كما ان الظاهرة قد يصعب أخذها ، كما اذا كانت فى هوة أو فوق جبل أو الطريق اليها صعب ، وقد يسهل ، وكذلك الباطنة قد تكون فى عمق عشرة اذرع ، وقد تكون فى عمق مأة ذراع ، و مثل هذه الفروق لاتؤثر فى الاحكام ، فاذا كان للمصعبة طريقان سهل وصعب فجاوزهما اثنان أحدهما لم يصرف ولو درهماً ، والاخر صرف ألف درهم فتوافيا فى وقت واحد كانا متساويين فى الحق ، الى غير ذلك .

ثم لو استولى على قطعة كبيرة من الظاهرة انسان وكان قبل نيله ، فان كان أكثر من حقه كان للغير النيل والا لم يكن ، كما انه اذا استولى على الموات

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٤ من أبواب احياء الموات ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣١ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .

أو استولى على أرض معدن باطن كان الحكم كذلك .

وقد ظهر ممـا تقدم هنا ، و في مسـألة التحجران قول المحقق و حقيقة أحيائها ان يبلغ نيلها فلوحجرها وهوان يعمل فيهاعملا لايبلغ به نيلها كانأحق بها ولم يملكها ـ انتهى .

لايختص بالباطنة ، بل كلما استولى بدون استخراج كان محجراً ، وكلما استخرج كان ملكاًوأحياءاً ، وقد سبق الكلام فى انه هل يوجب التحجير الملك أم لا ؟ كما انه قد سبق الاحتياج الى قصد التملك ، وانه قابل للاستنابة ، فلو أعطى اجرة لمن يستخرج له صح ، لانه يشمله من أحيى ، وأدلة الاجارةوقلنا في [كتاب الاقتصاد] ان دعوى انصراف[من سبق] الى نفس السابق ،لااجيره أو وكيله ، غير ظاهرة ، فهو مثل من بنى مسجداً ، أو من اطعم جائعاً ، أومن كسى عارياً الى غير ذلك .

ومما تقدم يظهر انه يشكل التفصيل الذي ذكره الجواهر قال : لو فرض احتياج بعضها الى كشف تراب يسير ، أوكانت على وجه الارض لسيل ونحوه فله حكم المعادن الظاهرة وهوالملك بالحيازة لاغيره على حسب ما عرفت ، كماانماكانمن الظاهرة لوفرض كونه فيطبقات الارض علىوجه يحتاج الى حفر وعمل كان له حكم الباطنة ، كما لاحاجة الى عنوان مسألة الشك ، وان لوشك في انه من الظاهرة أو الباطنة ، فله حكم أيها ؟ اذ قد عرفت ان الدليل هو من سبق و[لكم] و [لكم مني أيها المسلمون] وما أشبه ، وكل ذلك لافرق فيه بين الظاهرة والباطنة ، كما لافرق في الماء بين ماء النهر الظاهر وماء البئر الباطن حيث ان المستولي على كليهما ـ بقدرحقه ـ يكون سابقاً لايحق لغيره مزاحمته وأخذهما ـ بعد حفر الثانية ـ يكون له الى آخر ماتقدم في قسمى المعدن .

ولو باع انسان تراب معدن لا يعلم انه ثمين ، فالظاهر ان المستخرج لا

يكون مالكاً للمعدن ، وانما للتراب فقط ، وانما يملكه من صفاه لما تقدم من اشتراط قصد التملك كما في السمكة التي خرج فيها جوهر ، أما اذا باع نفس الجوهر جاهلا قيمته كمايفعله بعض الحفارين فى بعض المواضع الاثرية فالظاهر ان له حق الاسترجاع للغبن ، لانه قصد تملك الجوهر، وانما لم يعرف قيمته واخذه يأكل السحت قال صلى الله عليه وآله وسلم : ثمن المسترسل سحت[(1)] . فانه يرادبه الأعم من الثمن والمثمن ولو بالمناط .

نعم ، لم يذكر الفقهاء الحرمة الوضعية ، وانما حملوا الحديث على التكليفية فقط فراجع مكاسب الشيخ [ره] باب الخيارات .

ولو حفر لنيل الجوهر حتى وصل الى قربه ثم يأس وترك المحفور ، فالظاهر انه يملكه من استولى عليه لان الاعراض مسقط للملك ، وان كان وجه الاعراض الجهل .

نعم ، اذا جعل على المحل اشعة تشوش على الحافر فيزعم ان لاجوهرهنا كان عمله حراماً ، وان كان اعراضه بعد ذلك محكوماً بحكم كل اعراض ، وكذا في حافر البئر لنيل الماء ، حيث ييئس ويترك الحفر .

وكذا اذا يئس عن دابته فتركها واعرض عنها فأخذها غيره وطابت ، الى غير ذلك من الامثلة، أما اذا حفر للجوهر أو الماء ثم تركه ليعود اليه كان له لدليل من سبق .

ثم ان المعدن اذا كان في ملك انسان، فان كان بعيداً جداً مما لايعد ملكاً لم يملكه لماذكرناه فى أوائل الكتاب من ان الملك له حد عقلائي فوقاً وتحتاً ولايكون

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٢ ص ٢٩٢ و ٢٩٣ الباب ٩ من أبواب آداب التجارة ح ٢ و ٤ .

الملك شاملا لاكثرمن ذلك مثلا فيوسط الكرة الارضية مواد مذابة ثمينة فمن له دار في أحد الاطراف لايملك تلك المواد فلكل انسان ان ينقب ويستخرج وكذلك من داره فوق الجبل ، لاحق لـه في مافي بطن الجبـل ، الى غير ذلك .

أمااذا كان قريباً كذراع مثلا ، وقدقصدبالاحياء للارض كل مافي تحتهاأيضاً ـ اذ قد عرفت ان الملك يحتاج الى القصد ـ ملكذلك الجوهر فلاحقلاحد ان ينقب ليأخذه.

ومنه يعلم ، ان قول القواعد: وان لم تكن ظاهرة فحويها انسان وأظهرها فان كانت في ملكه ملكها ، وكذا الموات ، الىآخره . ظاهره محل نظر .

ولذا قال في جامع المقاصد: قد يفهم من قوله: اذا كانت في ملكه ملكها انه يملك مافي ملكه بالاحياء ، وليس كذلك ، بل هو مملوك لكونه من اجزاء أرضه، ولهذا لوأراد احدالحفرمنخارج أرضه لم يكن لهالاخذ مماكانداخلا في أرضه لانه من اجزاء الارض المملوكة ـ انتهى .

ثم اذا كان تحت أرضه معدن سيال مثل ماء الملح ومـاء المرمر وما أشبه فحفرانسان في الموات بقربه فسال اليه مماتحت أرضه مماقصد صاحبالارض تملكه، لميكن للحافرأخذه الابقدر ماكان فيالموات ، وكأنه لذا كان المحكى عن التحرير الاشكال في الاخذ قال: ولوظهرفي ملكه معدن بحيث يخرج عن أرضه فحفرانسان من خارج أرضه، فهل له الاخذ مماخرج عن أرضه اشكال ، لكن المحكى عن التذكرة عدم ملك ماكان من اجزاء أرضه ولذا قال: يملك [أي الحافر] ماهومن اجزاء أرضه، وليسلاحد ان يأخذ ماكان داخلا فيأرضه من اجزاء الارض .

ثم اذانبع النفط مثلا من مسجد لم يكن للمسجد، اذ الذى وقف المسجد لـم يقصد ملك مافي داخله ، سواء كان يملك أرض المسجد ثم وقفهـا ، أو احاط مسجداً فى الموات ثم عمره كما هو كذلك في مسجد الكوفـة على ماذكره التاريخ حين تمدينها ، وكذلك اذا ظهر في موقوفة اخرى كالمدرسة والحسينية .

أما اذا ظهر معدن في مثل العرفات ، فالظاهر انه لمن أخذه فالمعدن هناك كالمعدن المبـاح فى أي مكان آخر ومنه يظهر الحال في معدن يظهـر في أمثال الروضات المطهرة .

ثم انه قد ظهر من مسألة الاقطاع والحمىان للامام ونائبـه الخاص والعام ذلك فلاحاجة الى تكراره، فى جميع أقسام المعادن .

قال فى الشرائع: فى المعادن الظاهرة ولو اقطعها الامام عليه السلام صح، وقد ادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه .

أقول : كان الاولى التعرض الى المعادن الباطنة والى نائب الامام ايضـاً كماذكرناه والله سبحانه العالم .

ثم انه لو حجر المعدن ليستخرج ثم اهمله ، فان كان اعراضاً أو انعراضاً سقط حقه ، سواء فى الظاهرة اوالباطنة ، ولو كان حجر أو كان قد حفر في الباطنة ولو الى عمق كبير ،وكذا اذا أخذ تراب المعدن بقصد التصفية ثم اهمله، وأما اذا لم يعرض عنه ولم يكن انعراض، بل أراده وانما أهمله لمدة :

قال في الشرائع: وحقيقة احيائها ان يبلـغ نيلها ولو حجرها وهو ان يعمل فيها عملا لايبلغ به نيلها كان أحق بها ولم يملكها، ولو اهمل اجبر على اتمام العمل

أورفع يده عنها، ولوذكرعذراً انظره السلطان بقدرزواله ثم الزمه احدالامرين- انتهى .

واستدل الجواهر للاول: بعدم الخلاف، ولعدم الملك بالتحجير، بأن التحجير شروع فى الاحياء وليس أحياءاً حتى يملك ، كما تقدم كلامهم في التحجير للثالث بما تقدم في التحجير.

أقول : أماان عدم الوصول يوجب عدم صدق الاحياء فلااشكال في ذلك لعدم الصدق، أماعدم الملك ، فقد عرفت ان مقتضى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهوله الملك. وقدذكرنا بعض الكلام في ذلك في مسألة التحجير ، كماان السرائرأيضاً قال بالملك، وقال: انه لافرق بين التحجيروالاحياء فراجعه .

وأما الاجبار، فالظاهرانه لااشكال فيه اذا كان محل حاجة الناس، أمااذا لم يكن محل الحاجة، فهل يصح الاجبار؟ لان من سبق[1] منصرف الى ماأراده لنفسه أو لغيره بأن يهب اويبيع أو ماأشبه، أما مجرد الحجر ووضع اليد فلا يشمله من سبق والا لملك كل انسان ان يخطط في الصحراء فرسخاً حتى تتعمر الصحراء ولوبعد قرن فيستثمرها عمراناً أو صلحاً أو بيعاً أو ماأشبه، وحيث ان ذلك خلاف من سبق ومن احيى كان المقام كذلك لاشتراكهما فى انصراف الدليل عنهما، والوجه الثاني أقرب .

ثم ان قول الشرائع: ولوذكرعذراً، الظاهران مراده العذر المرجو الزوال في زمان قليل لاما اذا ذكر انه يريد ان يكبر أولاده بعد عشرين سنة فيساعدوه

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

على الحفرأو ماأشبه،اذ الانصراف المذكورات في المقام أيضاً، ولادليل على ان مطلق العذر يرفع الاجبار .

وكأنـه لـذا قال مفتاح الكرامة : ولو اعتذر بالاعسار فطلب الامهال الي اليسار ، فقد احتمل في جامع المقاصد اجابته .

قال السيدالعاملي: وهو كذلك، اماالقواعد فقدتبع الشرائع فيماذكره قال ولولم يبلغ بالحفر الى النيل فهو تحجير لأحياء ويصير حينئذ أخص، ولايملكها بذلك ، فان اهمـل اجبر على اتمام العمل أو الترك وينظره السلطان الى زوال عذره ثم يلزمه احد الامرين .

قال في مفتاح الكرامة: قد صرح بذلك كله في المبسوط والمهذب متفرقاً والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها .

ثم ان حال المعدن تحت البحر حال المعدن في اليابسة لوحدة الدليل ، والانصراف فى الادلة لوقيل به فهو بدوي كما لايخفى .

والظاهر انللدولة الاسلامية ان يعطي حق التنقيب عن المعادن في الاراضي الموات ، أوتحت البحار، فلايحق لغير المعطى له مزاحمته لانه بذلك قدسبقت الدولة ، وان لم يعلم بعد ، كما اذا اعطته حق تنقيب عشرين فرسخ مربع لا لانها سابقة يشملها دليل من سبق فقط ، بل لان للدولة العمل بالصلاح وهذا منه فلاحق لاحد آخر بعد العقد الاستيلاء على ذلك المكان .

نعم ، ليس ذلك من حق الفرد الابقدر استيلائه ، أي تحجيره وكونه بقدر حقه ـ كما ذكرنا تفصيل قدر الحق سابقاً .

ولوكان محل محتمل المعدن مماسبق اليه انسان ببناء دار ، أوضرب خباء أوما أشبه ، واحتاجت الدولة حق لها أخذه من السابق واعطاء بدله جمعاً بين

الحقين ، كما ذكرنا مثله في حق الدولة جعل القوانين للمرور وجعل القانون لسكب اللبن المحتمل المتلوث ، الى غير ذلك .

ثم انه قال القواعد : ولايقتصر ملك المحيى على محل النيل ، بل الحفر التي حواليه وتليق بحريمه يملكها أيضاً .

وقدسبقه الى ذلك المبسوط والمهذب ، وعن التذكرة انه قال : كمايملكه يملك ماحواليه ممايليق بحريمه وهوقدرمايقف الاعوان والدواب، وعن المسالك موافقته ، وعن الدروس والروضة والكفاية من ملك معدناً ملك حريمه وهومنتهى عروقه، ومطرح ترابه وطريقه ، وما يتوقف عليه عمله ان عمل عنده ـ كل ذلك نقله مفتاح الكرامة ونقل بعضه الجواهر ـ .

وعليه ، فلايخص ذلك ما اذا احيى ، بل ماإذا حجر أيضاً لصدق من سبق على الحريم أيضاً ، وحيث ان المدار على العرف لاحاجة الى النزاع في ان قدر استحقاقه من العروق كم ، وكأنه الى ذلك اشار جامع المقاصد بان المراد بمنتهى العروق ماكانت غير بعيدة لاالبعيدة لوضوح انه لايملك كل المعدن باحياء بعض اطرافه ، ولو اختلف العرف في انه هل دخل في الاحياء أم لا ؟ أوشك كان الاصل العدم .

ثم ان محل الخطر بسقوط الاحجار في ما اذاكان المعدن في الجبل أو ما أشبه ، كما في المكائن الحديثة ، حيث تكون اطرافها محل الخطر لايدخل في الحريم وان لزم اجتنابه من جهة احتمال الضرر ، نعم الظاهر ان للمحيى وضع الاسلاك الشائكة فيكون تحجيراً ، ثم المعدن يشمل المواد المتفجرة المذابة في داخل الارض ، فاذا حفر لاجل أخذها كان ذلك في حكم الحفر للمعدن في كل ماتقدم لوحدة الدليل فيهما ، كما انه لو حفر لاجل الوصول الى المواد المتفجرة لاجل

استخراج الحرارة للتدفئة كان حقه لدليل من سبق وغيره ، فلايحق لانسان آخر النقب الى حفره لاخذ الحرارة لانها له كالماء الذي يأتي الى بئره .

ولو حفر النفط ففار منها ماملاء الصحراء ، فان أراده كان له والا لم يكن له وملكه من أخذه ، وكذلك الماء وما أشبه .

ولوحفر حفراً فحصاً عن الجوهر وتركها، فان كان يريد العود لمزيد الحفر لم يحق لغيره ، وان تركها يأساً كان اعراضاً وحق لغيره الاستيلاء على ماترك، ولووصل الى الجوهر الممزوج بالتراب ، ثم طرحه بزعم انه تراب محض كان اعراضاً ولكل أحد الحق، فانه لايبقيه له بحجة انه لوعلم لم يطرحه، اذ الداعي لايغير الحكم .

ولوحفر ثم ترك لشدة الحر أو البرد مثلا: ويريد العود بعد انتهاء المحذور لم يخرج عن ملكه .

وكذا لوحفر البئر ولم يظهر ماء ، لكن يأتي الماء بعد تسعة أشهر مثلا في أيام الثلج لم يكن تركه اعراضاً ، ولايحق لغيره الاستيلاء عليه .

وقد علم مما تقدم ان مراد التحرير قال: ان وصل الاول الى العرق ، فهل للثاني الاخذ منه من جهة اخرى الوجه المنع ، فان الاول يملك حريم المعدن. ماكان حريماً لامطلقاً ، كما ذكره الجواهر، كما علم انه لو وصل الى جبر الحاكم في مسألة الاهمال ، فلم يقبل لااتمام العمل ولارفع اليد ، اباح الحاكم لغيره الفحص وبذلك يخرج عن حقه ، وحينئذ لابأس برفع اثاثه وآلاته ولاضمان للرافع لانه وضعت هناك بغير حق كما تقدم مثله .

ثم ان المعدن في القمر وسائر الكواكب لدى الوصول اليه له نفس الاحكام لوحدة الدليل .

ولوغصب غاصب محل تحجيره الذي حجره لاجل الاستخراج فاستخرج فالظاهر انه ملك للمحجر لصدق من سبق عليه ، وهل للغاصب العالم الاشتراك لزيادة قيمته بسبب الاخراج ، كما يشترك من زاد في الدار والثوب ونحوهما بالبناء والخياطة لانه سعيه فهو لـه ولدليل لايتوى ، فان فعل الحرام لاينـافي الملك ، كما اذا زرع في أرض مغصوبة ـ على المشهور ـ حيث يقولون بان الزرع له ، وقد زادت قيمته عن كونه حباً .

وان اشكلنا على ذلك في [كتاب الزراعة] وغيره، أو ليس له الاشتراك لانه أهدر عمله؟ لايبعد الاول ، اذكل سعي يرجع الى الساعي ، سواء أوجب زيادة عينيه ، كمااذا سمن الدابة المغصوبة فصارت قيمتها ضعفاً، أو حكمية ، كما اذا كان ثوبه يسوى عشرة فخاطه قميصاً مما صارت قيمته خمس عشرة ، اذ لاوجه لدخول الزيادة الحاصلة من عمل الغير في كيس غيره .

أما اذا كان جاهلا فأولى ان يستحق ، وتفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الغصب] .

(مسألة ـ ١٠ ـ)فيها فروع :

الاول : قال في الشرائع : لو أحيا أرضاً فظهر فيها معدن ملكه تبعاً لهـا ـ انتهى .

وظاهره معدن باطن، ولذا فسره الجواهر بذلك، وان كان مقتضى القاعدة أعم من ذلك ، كما اذااعطاها الماء فنش الملح فيها .

و كيف كان ، فقد نقل مفتاح الكرامة الحكم عن المبسوط و السرائر و المهذب والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان ، و في الجواهر : بلاخلاف أجده فيه ، كمـا عن المبسوط والسرائر الاعتراف به .

أقول : عللوا الحكم بانه جزء من اجزائها، وان استحال الى حقيقةاخرى غيرها ، لان ذلك لايخرجه عن الملك من غير فرق بين علمه به أملا ؟ وقصده تملكه أم لا ؟ و ربما نظر ذلك بثمرة الشجرة و نتاج الحيوان و ماء البئر وما أشبه .

لكن الاقرب حسب الصناعة التفصيل بين ما اذا كان قد تحولت الارض الى المعدن ، أو قصد الملك لما في باطنها ولو قصداً اجمالياً فهو له وبين ما لم يكن أحد الامرين فليس له .

أما الاول : فلان التحويل لايوجب الخروج عن الملك ، لان الملك اذا ثبت دام ، كما يستفـاد من الشرع والعرف الا اذا كان هناك دليل على العدم ، ولادليل في المقام على الاستثناء .

وأما الثاني : فلانه قصد الملك واستولى وهما كافيان في الملك بدليل من سبق وغيره .

واما الثالث : فلما تقدم هنا وذكروه في كتاب اللقطة وغيره من احتياج الملك في الحيازة الى القصد لقصة السمكة التي وجد في جوفها جوهر و غيرها ، فحيث ان محيي الارض لم يقصد ذلك لم يكن وجه لملكه ، بل قد سبق في بعض المسائل ان مقتضى العقد السلبي لرواية الناس مسلطون على أنفسهم ان لايدخل شيء في ملكه الانسان بدون رضاه، ولعل الكفاية وجد قولا بالخلاف حيث قال : بأن ملكية المعدن للممحي مشهور .

وكيف كان ، حتى اذا لم يكن خلاف فيه كان ظاهر الاستناد، ومثله ليس بحجة، بل هذا هو الظاهر من مفتاح الكرامة والجواهر حيث عللا ملكيته بكونه من اجزاء الارض التي ملكها بالاحياء، اذ الكلام فيما لم يكن من اجزاء الارض بل كان مثل اللؤلؤ في جوف السمكة ، ولو قال : اني قصدت بالاحياء كل ما فيها قبل قوله ، لانه لايعرف الا من قبله .

ومما تقدم ظهر انه لو باعها فاستخرج الثاني المعدن كان له ، كما انه اذا نش الماء فيها ، فظهر فيها الملح كان له أيضاً .

وربما احتمل ان يكون للبائع خيار الغبن ، حيث ان رضى في داخلها معدن تسوي أكثر ، وكذلك أرض تنش بالملح بعد مدة، لكنه لاوجه له للنقض أولا بالسمكة المذكورة في الروايات ، وبما لو اشترى الارض بمأة ثم ارتفعت بعد مدة قليلة فصارت ضعفاً ، حيث لايقول أحد بخيار الغبن اذ القيمة السوقية كانت وقت البيع هي ما دفعه، والحل ثانياً بانه ليس من الغبن العرفي .

الثاني : قال في القواعد : لوحفر كافر أرضاً فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون، ففي صيرورته غنيمة اشكال .

أقول: أما انه يكون غنيمة للمسلمين فهو الذي نقل عن المبسوط والمهذب

والتذكرةوالتحريروقواه فيمحكىالايضاحواستظهرهفيجامعالمقاصد، وعلله مفتاح الكرامـة بأن الاحياء يوجب الملك فيكون غنيمة لانـه ليس من جنس الارض ، ولانه في حكم المنقول ، أو منقول بالقوة القريبة، وربما علل بأمرين آخرين :

الاول: عدم علم قصد التملك للحافرفيكون حينئذ على أصل الاباحة نحو من حفربئراً فيالبادية ثم ارتحل عنها .

الثاني: انهاذا قيل الارض عامرهاللمسلمين انصرف عن مثلالمعدنفيكون المعدنغنيمة، وأماانه يكونتبعاًللارض فيكون كالمفتوحة عنوةلكل المسلمين فلما عللوه بانه جزء من الارض التي لاتنقل أو مشابه لها في ذلك ، كما علله بذلك مفتاح الكرامة ، وتبعه الجواهرلكنهما ضعفاه .

أقول : والظاهر هو هذا ، لان القول بان الارض ملك لهم شمل المعدن والبحر والغابة والجبل وغير ذلك ،كما ذكرناه فيكتاب : [الفقه ـ الاقتصاد] ومجرد حفر كافر الى ان وصل الى المعدن لايعده منقولا حتى يكون غنيمة ، ولو شك فالاستصحـاب يقتضى عدم نقله الى الكافر فيشمله دليل المفتوحـة عنوة .

ثم لوكان الحافر في أرض الكفر المسلم لم يملكه المسلمون لاطلاق من احيى[1]، ومن سبق[2]، اما اذا كانتالارض للاسلام واستولىعليها الكفار كفلسطين ثم استرجعها المسلمون، فاذا كان الحافرمسلماً كانله ، واذا كانالحافركافراً ذمياً

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ٢٤٢ .

كان له ايضاً ، واذا كان كافراً حربياً بقي المعدن على اباحته ، اذ أدلة مـن سبق لاتشمل ما كان الحربي يفعل ذلك في أرض الاسلام .

نعم ، اذا كان أخذه كان غنيمة لكل المسلمين المحاربين لاطلاق أدلـة الغنيمة .

الثالث: لو قدر الخبراء مافي المعدن صح اجراء كل المعاملات على المعدن المملوك، مثل البيع والاجارة والرهن وماأشبه .

وذلك لاطلاق أدلتها ، وانماتصح الاجارة مع ان المستأجر يأخذ العين؟ لانه كاجارة البستان والدار والنهر ، والمستأجر يأخذ الثمر والحطب والماء النابع من البئر والجاري في النهر.

بل يمكن القول بصحة الاجارة وان لم يعلم كم في المعدن اذا كان المستأجر يأخذ قدراً خاصاً، مثل ان يعلم انه يأخذ كل يوم مقدار مأة من من النفط، اذ لاغرر بعد كونه معاملة عقلائية .

ومنه يعلم، انه لوقال: رب المعدن لاخر اعمل فيه ولك نصف الخارج صح اذا علم كم يخرج كل يوم ، لاطلاق أدلة الاستيجار وعدم الغرر ، وكذلك اذا جعل ذلك على نحو الجعالة .

أما قول المبسوط والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد ، كما حكى عن بعضهم انه باطل ، فمرادهم ماذا كان مجهولا ، ولذا قال في الجواهر : لجهالة العوض ، وعليه فالامر دائرمدار الغرر ، فاذا كان بطل، واذا لم يكن صح .

ثم اذا جعلاه اجارة وكان الغرر الموجب للبطلان كان مااستخرج لمالك المعدن وللعامـل اجرة المثل ، أو المسمى على التفصيل الذي ذكرنـاه في الفقه :

[كتاب الاجارة] و [المضاربة]و[المزارعة] و [المساقات] .

ولوقال المالك: اعمل فما اخرجته فهولك صح هبة، اذ لادليل على لزوم وجود الموهوب الان فكيف بما اذا كان موجوداً ولم‌يعلم قدره، فاذا قال له: ازرع هذه الارض ولك حاصله صح، مع عدم‌وجود الزرع الان، والظاهرانه ليس له الرجوع فى الهبة ، لان مستخرج مافي المعدن كالزارع وماتح الماء تصرف فى الموهوب له .

ومنه يعلم ،ان‌المحكي‌عن المبسوط انه قال : لوقال‌اعمل فما اخرجته فهو لك لايصح ، لانه هبة مجهولة ، فكل مايخرجه حينئذ فهو لصاحب المعدن الا ان يستأنف‌له هبة ولااجرة للعامل لانه عمل لنفسه، ونحوه عن المهذب ، وعن التذكرة اختياره ،كماان المحكى‌عن التحريرقال: يكون ذلك اباحةللاخراج والتملك ، وانكان للمالك الرجوع في العين مع‌بقائها ولااجرةله الى‌آخره ، محل نظر.

اذ لادليل على بطلان الهبة المجهولة ـ بالاضافة الى عدم تسليم كون‌ذلك مجهولامطلقاً، فالدليل أخص‌من المدعي ،كمالادليل على‌حق المالك للرجوع لماتقدم من انه تصرف .

هذا بالاضافة الى ماذكره الجواهرفي رد التحرير قال : وبعد التسليم قد يمنع عدم استحقاق الاجرة مع جهالته بالحكم لاصالة احترام عمل المسلم الذي صار فى الواقع لصاحب المعدن وان زعم انه له كما أومأ اليه في الدروس .

ولوقال له المالك: استخرجه لي ، فان قصد التبرع فلاشيء للعامل، وان قصد الاجرة كانت‌له بقدر المثل، وان اختلفا في‌القصد، فان‌قصد المالك‌التبرع

وفهم العامل الأجرة، فالظاهر وجوبها عليه لاحترام عمل المسلم والالملك كل مالك ان يستقدم العمال، ثم يقول لهم بعد عملهم اني قصدت التبرع ، وان قصد العامل التبرع لم يكن له أخذ الاجرة لانه أهدر عمله بتبرعه .

وقد أجمل في مفتاح الكرامة في المسألة قال: ولو قال له المالك استخرجه لي ولم يشرط له اجرة، فحكمه حكم مالو قال له: اغسل ثوبي فغسله، ولو استأجره لحفر المعدن ففار مما قتله ، أو جرحه أوسقط عليه حائطه أو ماأشبه ذلك ، كان من مسألة المباشر والسبب، فان كان كلاهما أو الاجير يعلم الخطر لم يكن ضمان على مالك المعدن، لان المباشر أقوى ، وان كان كلاهما لايعلمان ، أو المالك لايعلم لم يكن عليه ضمان لانه لاسببية والاصل البرائة ، وتفصيل المسألة في [كتاب الديات] .

ثم الظاهر انه تصح النيابة في استخراج المعدن ، كما اذا قال لغيره: استخرج لي هذا المعدن، فانه لو استخرج بقصده كان للمنوب عنه، لاطلاق أدلة النيابة، فان الاصل قبول كل شيء للنيابة الاماخرج بالدليل ، لانه كذلك عند العقلاء والشارع لم يردع عنه الا فى مواضع خاصة ، مثل العبادات فى الجملة ، اذ العبادات أيضاً تصح النيابة فيها ، مثل الحج للعاجز ، والتوضى لمن لايقدر بنفسه، وكذلك الغسل والتيمم .

بل ربما احتمل صحة النيابة فى قضاء الصوم لمن لايقدر عليه وهو مديون لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في النيابة عن الحج: أرأيتى لو كان على أبيك دين ــ الحديث .

بل افتى الشرائع بالنيابة في بعض أقسام الصوم، الى غير ذلك، كالنيابة في العبادات المالية كالخمس والزكاة والمستحبات كالزيارة والطواف .

ومنه يعلم ، صحة الاستيجار لذلك، مثل ان يستأجره للاصطياد والاحتشاش والاحتطاب والاستيلاء على المباح واستخراج المعدن ، بل وأخذ مكان له في المسجد والعتبة وما أشبه، وقد ذكرنا تفصيل المسألة في [الفقه الاقتصاد] وغيره والله سبحانه العالم .

من المشتركات الماء ، فالناس فيه في الجملة شرع سواء ويدل عليه من الكتاب ، قوله تعالى : [لكم][1] بل وقوله سبحانه : « والأرض وضعها للانام[2] » حيث ان المستفاد عرفاً منهـا الارض وما عليها وما فيها ، الى غيرهمـا من الايات .

ومن السنة: النبوي صلى‌الله عليه وآله وسلم: الناس شركاء في ثلاثة النار والماء والكلاء[3].

والكاظمي عليه السلام : ان المسلمين شركاء في الماء والنار والكلاء[4].

بل ومارواه الدعائم ، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : انه نهى عن بيع الماء والكلاء والنار[5].

---

(١) سورة البقرة : الآية/٢٩ .

(٢) سورة الرحمن : الآية/١٠ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٤ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٢٣١ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٦ من أبواب احياء الموات ح ١ .

وعن الجعفريات، باسناده الى علي عليه السلام، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "خمس لايحل منعهن: الماء، والملح، والكلاء، والنار، والعلم"[1] الحديث. إلى غيرها، والاجماع فيه قطعي، والعقل واضح، اذلاوجه لاختصاص بعض دون بعض.

لكن لايخفى ان الاشتراك انما يكون اذالم يكن خاصاً أوملكاً، فالخاص كما اذا كان نهـر لاهل قرية مثلا يكفيهم ولا يزيد عليهم، فانه لايكون لغيرهم الاستفادة منه، لانهم سابقون، فيشملهم من سبق ونحوه، أو لانه وقف عليهم، أو لانهم استخرجوه أوماأشبه ذلك فتأمل، والملك سيأتي الكلام فيه.

وقـد جعل العلامة الماء في القواعد على سبعة أقسام المحرز والبئرفي المملوك ومياه العيون والغيوث والابارفي المباحة ومياه الانهار الكبار، ومياه الانهارالصغارالمملوكة والجاريمن نهرمملوك ينزع من المباح والنهرالمملوك الجاري من مـاء مملوك، لكنه جعلها في التحرير والتذكرة ثلاثة: المحرز، وماء الانهار، وماء الابار.

ثم قسم كلا من الاخيرين الـى أقسام، ولايخفى ضعف كلاالنقسمين فانه لايشمل النزيزالمستنقع وماء البحروماأشبه، لكنه لامشاحة في الاصطلاح.

قال فيمفتاح الكرامة: وقدنسج في المبسوط على منوال آخر تبعه عليه في السرائر، ثم جعل السيد العاملي حديثه صلى الله عليه وآله وسلم: الناس شركاء في ثلاث عامياً مع انه وارد في كتبنا أيضاً، كما سبقت الاشارة اليه.

وكيف كـان، فالاصل في المـاء الاشتراك بين الجميع انساناً وحيواناً

---

(١) المستدرك: ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٦ من إحياء الموات ح ٢.

وشجراً لانهما أيضاً صاحبا حق في الماء ، فمثلا: اذا كان في محل مقدار مأة من من الماء ، كان هناك أسد يموت عطشا اذا لم يشرب منه وشجرة تموت اذا لم تسق لاحق للانسان الموجود هناك ان يحوز كل الماء لنفسه لحقهما أيضاً ، كما ذكره الفقهاء في كتاب النفقات .

نعم ، اذا كان حيوان فذبحه ، أوقتله للاستفادة منه ـ لا افساداً واعتباطاً ـ وشجرة قطعها للاستفادة من خشبها ونحوه ، جاز له الاستفادة من الماء مقدمة على استفادة الاخرين ، واذا دار الامر بينهما بان دار بين ان يموت الانسان أو الحيوان ، أو الانسان أو الشجر ، كان الانسان مقدماً كما هو واضح .

ولو دار بين الحيوان والشجر ، قدم الاول ، لتقدم ذي الروح الحيواني على ذي الروح النباتي عقلا وشرعاً ، اللهم اذا كانت هناك أهمية للشجر ، كما اذا كان عدم اعطائه الماء يسبب يبسه وقيمته مأة ، واذا لم يعط الكلب مات و قيمته عشرة ، فانه لا يبعد تقديم الشجر لدوران الامر بين الاهم والمهم ، فان عدم اسراف مأة أهم من عدم اسراف عشرة .

نعم ، يمكن ان يقال : بوجوب ذبح الحيوان اذا كان محللا لئلا يموت الموجب لاسرافه ، بل وجوب قتل الحيوان غير المأكول كالاسد ونحوه نجاة له عن العطش المسبب لموته ، فقد ثبت في العلم الحديث ـ كما ذكروا ـ ان القتل السريع أقل ايلاماً للحيوان من موته .

وبذا رفع اشكال انه كيف أباح الشارع الرحيم ذبح الحيوانات مع ان الانسان يتمكن ان يعيش على غيرها بما لا ينقصه القوة والمنعة كما في النباتيين ولان موت مثل الاسد يوجب حرمة جلده ونحوه مما يكون اسرافاً أيضاً ، اذ قد ذكرنا في [كتاب الصيد والذباحة] ان ذبح الحيوان بشرائطه يوجب

طهارة جلده ونحوه بخلاف موته الموجب نجاسته .

أما اذا دارالامر بين موت مثل الكلبعطشاً وذبحهفيما اذا كان بقاءالشجر أهم من بقاء الكلب مثلا: أو فيما اذا لم يكن ماء لشربه ، حيث ان قتله يعجل راحته ، فهل يقدم القتل أم لا ؟ احتمالان ، والمسألة بحاجة الى تتبع أكثر و تأمل أعمق .

ثم اذا دار الامر بين انسان وانسان ، فان كانا متساويين، كما اذا كانلزيد ماء ونفران اذا لم يسقيا ماءاً ماتا ، فلا اشكال في انه لايقدمأحدهما اذا لميكن مرجح شرعي .

أما اذا كان مرجح شرعى ، كما اذا كان أحدهما واجب النفقة ، أو كان أحدهما عالماً يحتاج اليه في المسائل الشرعية ، أو طبيباً ، مثلا يحتاج اليهفي العلاج أو أحدهما مسلماً ، والاخر كافراً ، أو أحدهما كافراً ذمياً والاخرحربياً قدم الاهم بلا اشكال .

أما مع احتمال الترجيح مثل الطفلوالكبير فلادليل شرعي علىالترجيح فان الاستحسان لايوجب الحكم الشرعي والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ١ ـ) لو سبق انسان الى ماء مباح وأخذه ، بما لايكون تعدياً في حق آخرين ـ لما تقدم ان المباحات انما يكون للسابق في اطار [لكم]ـ فأحرزه فى آنية أو حوض أو ما أشبه ملكه بلا خلاف ولااشكال، كما يظهر من كلماتهم .

وقد ادعى عدم الخلاف جامع المقاصد والكفاية والاجماع التحرير والتذكرة والمسالك والمفاتيح كما فى مفتاح الكرامة ، وفى الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله ضروري .

أقول : لايضر بكونه ضرورياً قول بعض الشافعية حيث قال : من أخذ من المياه العامة شيئاً فى اناء لايملكه ، بل يكون أولى به من غيره ـ انتهى .

اذ كثير من الضروريات كذلك وحتى الصلاة ، قال بعض العامة : بعدم وجوبها ، بل اللازم التذكر فقط مستدلا بقوله سبحانه: «اقم الصلاة لذكري»[1] ويدل على الملك الادلة الاربعة ، بالاضافة الى السيرة والضرورة .

أما الاستدلال لذلك بالمركوز فى اذهان المسلمين ففيه انه كاشف عن السيرة أيضاً ، فليس دليلا جديداً، والاستدلال له بـ «يتبع غير سبيل المؤمنين»[2] لايجعله دليلا جديداً ، اذ سبيل المؤمنين هو السيرة ، قال سبحانه : «لكم»[3] و قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم: من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له.[4] والاجماع والعقل ظاهران .

---

(١) سورة طه : الآية/١٤ .

(٢) سورة النساء : الآية/١١٥ .

(٣) سورة البقرة : الآية/٢٩ .

(٤) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

ولا فرق بين المسلم وغيره، عملا بعموم النبوي صلى الله عليه وآله وسلم الناس شركاء، وعمومات الفتاوى، كما في مفتاح الكرامة، وبه صرح محكى التذكرة ولا يجب عليه بذل الفاضل عن حاجته، كما صرح به غير واحد، بل عن الخلاف والمبسوط وجامع الشرائع دعوى عدم الخلاف فيه .

نعم، اذا كان هناك عطشان من انسان، أوحيوان وجب سقيه، ولكن ببدل ان كان يملكه من يأخذ منه جمعاً بين الحقين، والا فمن بيت المال لانه المكلف بسد الحاجات ولو تعسر صاحب الماء فلم يبذله أخذ منه قهراً كأكل المخمصة.

قال في الشرائع: ومن حفر بئراً في ملكه أوفي مباح ليملكها فقد اختص به كالمحجر، فاذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر، ومثله في القواعد، ومثلهما كلام غيرهما من الفقهاء.

أقول: ان قصد الملك سواء وصل الى الماء أم لا ؟ ملكه لقاعدة من سبق[٢] ومن أحيى[١] وغيرهما ، وان لم يقصد الملك ، بل فعل ذلك في الموات بدون قصده لم يملك، سواء وصل أو لا؟ وان لم يقصد الملك الا اذا وصل الى الماء لم يملك اذا لم يصل، وان كان العكس ــ كما انه اذا وصل أراده للمسلمين و ان لم يصل اراده لنفسه ــ كان كما قصد، لما سبق في مسألة الاحياء من الاحتياج الى قصد الملك.

ثم لايخفى انه ان لم يصل الى الماء في المباح وقصد الملك ملكه دون حريمه، اذ ليس بئراً حتى يكون له حريم، كما نبه عليه الجواهر.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٤ من أبواب احياء الموات ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٦ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

ولوحفر غاصب في ملك آخر بئراً لم يملك البئر بلا شبهة ان لم يسبب زيادة قيمة ذلك الملك، وأما ان سبب زيادة قيمتها فقد سبق ان مقتضى القاعدة انه يشترك بقدر حقه، لان سعيه له، وان كان عمله حراماً فهو كما اذا خلط سكره بلبن غيره، حيث انه يشترك معه، ولا فرق في بناء العقلاء بالاشتراك الذى لم يردعه الشارع بين مال الغصب وعمله، هذا اذا كان عالماً عامداً.

أما اذا لم يكن فعله حراماً تكليفاً فأولى ان يكون شريكاً، هذا بالنسبة الى ذات البئر.

أما بالنسبة الى الماء النابع فيها ، فأن كان جزءاً من الارض بحيث دخل في ملك صاحبها كان لصاحب الارض، وان لم يكن كذلك:

أما لكونه بعيداً جداً حيث لايعد جزءاً، أوكان مثل اللؤلؤ في بطن السمكة لم يملكه صاحب الدار، وانما صار ملكاً للغاصب فلو أخذ منه كان له .

نعم، يحق لصاحب الارض طمها لما تقدم في حريم البئر من حقه في طم بئر تحفر في حريمه، وللمناط في انه ليس لعرق ظالم حق(١).

ومنه يعلم، النظر في اطلاق الجواهر، حيث قال: ودعوى ملك الغاصب الماء، أولكونه أحق لوحفر ابتداءاً في غاية الفساد.

ثم ان الماء انما يملك ببلوغ الماء اذا لم يكن غيره سابقاً اليه، كما اذا سبب الحفر سحب البئر ماء بئر الجار مما لايحق له ذلك، لان دليل من سبق شامل للاول، وقد تقدم الالماع اليه في مسألة الحريم.

وقد ذكر الجواهر ان نسبة غير واحد ملك الماء ببلوغه الى الاصحاب

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ١ .

مشعر بالاجماع عليه، بل لعله كذلك نظراً الى السيرة المستمرة بالاضافة الى انه نماء ملكه كثمرة الشجرة ولبن الدابة ، وانـه حيازة وسبق وأحياء للارض بالسراية، وان ملك الارض يقتضي ملك الماء الكامن فيها، بل وفحوى نصوص بيع الشرب ـ كما يأتي ـ انتهى ملخصاً.

وقد تبع الجواهر فيماذكره من سبقه، حيث ان جملة من الفقهاء، ومنهم مفتاح الكرامة استدلوا بجملة من هذه الادلة.

ثم انه لواستأجر أرضاً للزراعة، أوللسكنى وحفر فيها البئر ملك مائهالانه تبع، كما انه لواستأجر داراً أوأرضاً ذات بئر ملك مائه أيضاً، كما في اجارة البستان فغرس فيه ، أواثمرت اشجارها حيث يملك الثمرة علىالتقديرين.

ثم ان الخلاف والمبسوط وأبا علي والغنية على المحكي عنهم ذكروا ان مالك البئر احق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه فاذا فضل بعد ذلكشيء وجب بذله بلا عوض لمن احتاج اليه ولشرب ماشيته .

أما لسقي زرعه فلا يجب عليه، لكن يستحب، واستدلوا لذلك بأخبار العامة وبعض الاخبار الخاصة، مثل كون الناس شركاء في ثلاث.

وخبر جابر انه صلى الله عليهوآله وسلم نهى عن بيع فضل الماء[١] وخبر أبي هريرة من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته[٢] [قال في مفتاح الكرامة: مراده ان الماشية ترعى بقرب الماء ، فاذا منع من الماء فقد منع من الكلاء] .

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥ .
(٢) كنز العمال : ج ٣ ص ٥١٨ الرقم ٣٩٧٥ .

ومرادهم أما فيما اذا سبق الى البئر في الموات، وهذا الحمل، وان كان بعيداً، لكنه ليس أبعد من قولهم بما هو كالضروري الخلاف مع الاستناد الى مالايستند اليه، والتفصيل بين سقي الانسان والحيوان ، وبين سقي الزرع مما ليس بفارق، وأما يبقى على ظاهره ويستشكل فيه بماذكرنا.

وعلى أى حال فالكلام في امور ثلاثة:

الاول: اذاكان الماء ملكه، ومقتضى القاعدة والشهرة المحققةوروايات بيع الماء كما يأتي انه لايجب عليه منحه الزائد عن حاجته.

ولذا قال فى مفتاح الكرامة: قد اطبق المتأخرون على خلافهم وقدنزلت اخبار المنع على كراهة المنع ، واستحباب البذل فى الجامع والشرائع و التذكرة والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد والكفايةوغيرهم.

وقال فى المسالك: ان الاخبار التي استدلوا بها للمنع كلها عامية، وهى مع ذلك أعم من المدعى ، ومدلولها من النهى عن منع فضله مطلقاً لا يقول به ولا غيره ممن يعتمد هذه الاحاديث ، وهى ظاهرة فى ارادة الماء المباح الذى لم يعرض له وجه تملك ، الى آخر كلامه.

ولعل مراده ان تلك الاخبار وردت من طرق العامة، وان وردت بعضها من طرق خاصة، ولذا أصر العامة على المنع تبعاً لتلك الروايات وغيرها فقد روت عائشة، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لايمنع نقع البئر.(١)

وعن محمد بن اسحاق، عن أبى جعفر عليه السلام قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلمعن نقع البئر ان يمنع(٢) [نقع على وزن نفع هو الماء

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٢ . وكتاب الخراج : ص ١٠٣ باب العيون والأنهار : ح ٣٢١ .

(٢) كتاب الخراج : ص ١٠٣ باب العيون والأنهار ح ٣٢٢ .

المجتمع في البئر قبل أن يستقي].

وعن اياس قال: لاتبيعوا الماء فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ينهى عن بيع الماء.[1]

وفي رواية اخرى لهم ان أحدهم باع فضل ماء لهم بعشرين ألفاً فقال عبد الله بن عمرو : لاتبعه فانه لا يحل بيعه[2] .

وعن سالم مولى عبدالله بن عمرو قال : اعطوني بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين ألفاً قال: فكتبت الى عبدالله بن عمرو، فكتب الي : لاتبعه،[3] الى غيرها من رواياتهم وفتاويهم وستأتي الاخبار الدالة على بيع الماء .

الثاني: اذا لم يكن الماء ملكه، وانما سبق اليه في بئر في البادية أو عين أوماأشبه، ولاحق له في بيع الماء الا بقدر مايأخذه منه اذا لم يكن ضاراً بالاخرين أما لاحق له فلانه ليس محيي للكل فلايشمله من سبق ونحوه، وأما له الحق بالقدر غير الضار فلاطلاق من سبق[4] ونحوه، وأما لاحق في الضار فلما تقدم من لزوم مراعاة [لكم] ونحوه.

الثالث: للسابق حق استفادته من الماء ـ في المشترك ـ فلا يحق للاحق التقدم عليه لان الترتيب مستفاد من [من سبق] ولا يتوى فاذا تقدم عليه فعل حراماً الا اذا كان برضاه، لانه حق فهو قابل للاسقاط كما يصح الصلح عليه ونحوه.

---

(١) السنن الكبرى : ج ٦ ص ١٥ .

(٢) كتاب الخراج : ص ١٠٨ باب العيون والأنهار ح ٣٣٩ .

(٣) السنن الكبرى : ج ٦ ص ١٦ .

(٤) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

ويؤيده ماروواه في البحار (ج٩٩/ ص١٣: على ماحكى) انه أتى النبـي صلى الله عليه وآله وسلم رجلان رجل من ثقيـف ورجل من الانصار، فقال الثقفي: يارسول الله حاجتي؟ قال صلى الله عليه وآله‌وسلم: قد سبـقك أخوك الانصاري، فقال يارسول الله اني على ظهر سفر واني عجلان فقال الانصارى اني قد اذنت،[1] وقد تقدمت الاشارة الى هذه المسألة .

ثم لوكان الماء قليلا فسبقه اللاحق، فالظاهر انه لايملكه، اذ السابق يشمله من سبق فانه أعم من الاخذ وغيره، وانكان في المسألة نوع تأمل.

ثم ان في مسألة بيع الماء نوعين من الاخبار، نوع يدل على المنع ونوع يدل على الجواز، نصاً وعملا ببيـعهم عليهم السلام له ، أو وقفهم اياه ، ومن الواضح ان الوقف دليل الملك الملازم لجواز البيع ـ اذاكان طلقاً، وبقرينة النوع الثاني يحمل النوع الاول على الكراهة، اواستحباب البذل.

أما الطائفة الاولى: فهي موثقة أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع النطاف والاربعاء والاربعاء ان تسنى مسناة لتحمل الماء وتسقى به الارض، ثم يستـغنى عنه ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : فلا تبعه ، ولكن اعره جارك، والنطاف ان يكون له الشرب فيستغنى عنه، فقال: لاتبعه اعره اخاك وجارك.[2]

(أقول: يسمى أربعاء، جمع ربيع: وهي الساقية لان الساقية مربعة مستطيلة وما لاساقية له يسمى بالنطاف من النطفة وهو الماء الصافى، وهى غالباً تطلق

---

(١) البحار : ج ٩٩ ص ١٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٣ الباب ٧ من أبواب احياء الموات ح ١ .

على الماء القليل كنطفة الانسان، واحياناً على الكثير مثل قول على عليه‌السلام النطفة فى ماءالنهر).[١]

وموثق عبد الرحمان، عنه عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم عن المحاقلة [الى ان قال:] والنطاف شرب الماء ليس لك اذا استغنيت عنه ان تبيعه جارك تدعه له والاربعاء المسناة تكون بين القوم فيستغنى عنها صاحبها، قال عليه‌السلام: يدعها لجاره ولايبيعها اياه.[٢]

و قد تقدمت جملة من الروايات الدالة على المنع عن بيع فضل الماء فراجع كتابى التجارة واحياءالموات من الوسائل والمستدرك.

وأماالطائفة الثانية : بالاضافة الى اطلاقات التجارة والبيع وشبههما فهى خصوص صحيح سعيد الاعرج، عن أبىَ عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم فى قناة له فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه أيبيع شربه؟ قال عليه السلام: نعم ان شاء باع بورق وان‌شاء بكيل حنطة ونحوه رواية سعيد بن يسار.[٣]

وصحيح الكاهلى ، سأل رجل أباعبد الله عليه السلام وانا عنده عن قناة بين قوم لكل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أيبيعه بحنطة أو شعير ؟ قال : يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء.[٤]

والمروى عن قرب الاسناد ، عن قوم كانت بينهم قناة لكل انسان منهم

---

(١) ذكر صدره في الوسائل: ج ١٣ ص ٢٤، الباب ١٣ من أبواب بيع الثمار ح ١ ـ وذيله في الباب
(٢) ٢٤ من أبواب عقد البيع ح ٤ من ج ١٢ ص ٢٧٨ . والاستبصار ج ٣ ح ٩١ .
(٣) الوسائل: ج ١٢ ص٢٧٨ الباب ٢٤ من أبواب عقد البيع ح ١ .
(٤) الوسائل: ج ١٢ ص٢٧٨ الباب ٢٤ من أبواب عقد البيع ح ٣ .

شرب معلوم فباع احدهم شربه بدراهم أوبطعام هل يصلح ؟ قال عليه السلام: نعم.[1]

ومادل علي وقف علي عليه السلام الماء، بضميمة انه لاوقف الا في ملك فلو لم يكن ملكاً لم يصح وقفه.

وعن نوادر احمد بن محمد بن عيسى، عن ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يكون له الشرب في شراكة أيحل له بيعه؟ قال: بعه بورق ، أو بشعير، أو بحنطة، أو بما شاء،[2] وعن ابن مسكان ، عن الحلبي مثله .

وعن ابن شهر آشوب، في المناقب: انه كان لعلي بن الحسين عليهما السلام عين بذي خشب فاشتراها منه عليه السلام الوليد بن عتبة ابن أبي سفيان بدين أبيه وهو بضع وسبعون ألف دينار ، واستثنى منها سقي ليلة السبت لسكينة عليها السلام.[3]

بل وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من غرس شجراً أو حفر وادياً بدياً لم يسبقه اليه احد أوأحيى ارضاً ميتة فهي له، قضاء من الله ورسوله .[4]

فان اطلاقه دال على ان الوادي البدي له بمائه ، وكذا ماتقدم من رواية

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٩ الباب ٢٤ من أبواب عقد البيع ح ٥ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٨ الباب ٢ من أبواب احياء الموات ح ١ .

من أتى ارضاً خربة فكرى انهارها،[١] بل وماورد فى الشفعة .

مثل ماروواه السكونى، عن أبى عبد الله عليـه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لاشفعة فى سفينة، ولا فى نهر، ولا فى طريق.[٢]

وفى رواية اخرى زيادة: ولا فى رحى ولافى حمام،[٣] فانه يدل على الملك وصحة البيع والشراء، وانما لايكون فيه الاخذ بالشفعة .

ثم انه لاينبغى الاشكال فى جواز بيع الماء بما لايكون غرراً عرفاً، سواء كان كيلا أو وزناً أوزماناً، مثل أربع ساعات فى نهر جار مثلا، أومشاهدة مثل ان يرى الماء الجارى فيقول : اشتريه الى ان يصل هذا الغثاء الذى فوقه الى بستاني أوماأشبه ذلك.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: ويجوز بيعه كيلا ووزناً بلاخلاف ولا اشكال، ومشاهدة اذاكان محصوراً على وجه لايتعذر تسليمه باختلاطه بما يتجدد من غيره والا فلايجوز بيعه أجمع لتعذر تسليمه لاختلاطه بمايستخلف فيتعذر تسليـمه نعم قد يقوى جواز بيعه على الدوام لما سمعـته من النصوص المزبورة.

ثم ان الجواهر قال بصحة البيع والاشتراك قال : بل يمكن منع الشهرة فى مثل ذلك ـ انتهى.

وقد قال في القواعد : بمنع بيعه أجمع ، وتبعه الدروس ومفتاح الكرامة

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٨ الباب ٣ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من أبواب الشفعة ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من أبواب الشفعة ح ٣ .

وغيرهما، لكن الظاهر انه لامانع منه ، اذلوعرف قدره أجمع لابأس بالاختلاف لانه يكون اشتراك ، فللمشتري من المشترك بقدر مااشترى ، ولامانع من هذا النوع من البيع ولامن هذا النوع من التسليم لانه عقلائي لايلزم فيه الغرر ، ولا دليل خاص في ردع الشارع عنه ، هذا بالاضافة الى ان بيع البعض أيضاً مثل ذلك لانه يختلط .

وكأنه لذا منعهما التذكرة قال في محكي كلامه : لو باع من الماء اصواعاً معلومة ، فان كان جارياً كالقناة لم يصح ، اذ لا يمكن ربط القدر بقدر مضبوط لعدم وقوفه ، وان لم يكن جارياً كماء البئر ، فالوجه الجواز ، كما لو باع من صبرة قدراً معلوماً، ثم احتمل العدم لتجدد الماء الموجب لاختلاط البيع فان صاعاً من ماء معين مغاير لصاع من ذلك الماء اذا صب عليه بعد العقد ماء آخر فيتعذر التسليم ، كما لو باع صاعاً من صبرة ثم صب عليها صبرة اخرى قبل التسليم .

أقول : الظاهر عدم البأس في الصبرة لان غاية الامر اشتراكهما ، فاذا باعه شيئاً ثم مزجه ، أو خلطه بغيره ممالايوجب نقض غرض المشترى لم يكن وجه لالبطلان البيع ، بل وحتى للخيار .

نعم ، اذا سبب نقض غرض المشتري ، مثل ان مزج اللبن ـ الذي اراده بدون سكر ـ بالسكر ، كان للمشتري الخيار لما ذكروه في باب خيار الغبن من لاضرر ونحوه .

ولعل خبر بيع علي بن الحسين عليهما السلام[1] ، واستثنائه ليلة السبت

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .

يؤيد ماذكرناه، لوضوح الخلط بين المستثنى والمستثنى منه بضميمة ان الاستثناء وبيع البعض من باب واحد ان لم يكونا واحداً .

وكيف كان ، فعقلائية المعاملة بدون ردع الشرع ولا الغرر توجب الصحة لشمول الاطلاقات له .

قال في الشرائع: فاذا بلغ الماء فقد ملك الماء والبئر ولم يجز لغيره التخطى اليه ، ولو أخذ منه اعاده .

أقول: كل ذلك واضح الا اذا اضطر الى الاخذ ، فانه يكون كأكل المخمصة سواء كان الاضطرار لنفسه أو لحيوانه ، أما اذا كان الاضطرار لشجره أو جماده كسيارته المحتاجة الى الماء والا وقفت في الطريق فيسرقها السراق في الليل او لرش عمارته الاسمنتية ، بحيث لولا الرش تفطرت .

فالظاهر لزوم ملاحظة الاهم والمهم ، فمع الاهمية كان كأكل المخمصة والا فلا.

ثم انه كما لايصح الاخذ من الماء كذلك لايصح لصاحب الماء اجراء مائه في أرض الغير بدون رضاه ، ولو فرض اضطراره لزم عليه اعطاء البدل جمعاً بين الحقين ، خلافاً لبعض العامة ، حيث اجازه استناداً الى فعل عمر، فقد رووا انه كانت للضحاك بن خليفة الانصاري أرض ، فأراد ان يشرع فيها خليجاً من العريض [واد بالمدينة] فلم يقدر الا ان يمره في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد بن مسلمة ان يدعه، فقال له الضحاك : تشرب منه أولا وآخراً . فلم يفعل؟ فأتي الضحاك عمر فذكر ذلك له ، فقال عمر : اترك ابن عمك فابى محمد :

فقال له عمر : بلى ولوعلى بطنك .[٣] [٢،١]

ثم ان حصل اضطرار للانسان بالماء[١] فمنعه صاحبه حتى مات عطشا ، فالظاهر ضمان صاحب الماء لديته ، لما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام[٢]، وذكرناه بتفصيله في [كتاب الديات] .

بل وروى مثل ذلك من طرقهم ، فقد روى الحسن ان رجلا أتى أهل ماء فاستسقاهم فلم يسقوه حتى مات عطشا فالزمهم عمر بن الخطاب ديته[٣].

ثم انه لو باع الماء بالازمنة مثل شهر فنقص الماء أو زاد ، كان في الأول خيار تبعض الصفقة للمشترى ، وفي الثاني كان الزائد للبائع ، اذ البيع كان بالقدر المتعارف .

ثم انه اذا جاز البيع بالتقديرات المتقدمة جاز الصلح والهبة وغيرهما ، كما صرح بذلك الجواهر، بل والرهن والجعالة وغيرهما بشرائطهما ، وكما يصح بيع العين الخارجية كذلك يصح بيع الكلي والقبض من الخارج، لاطلاق أدلة الكلى الشامل للمقام .

وكذا بيع المشاع، وكذلك يصح وقف المشاع والكلي ولو وقف مشاعاً أو كلياً في المعين كان لكل حكمه، واذا تلف بعضه ذهب منهما بالنسبة حتى في الكلي، اذ لا وجه للذهاب من المالك فقط، وليس ذلك كبيع اطنان القصب كلياً في المعين ، كما لا وجه لعدم ملاحظة النسبة .

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٧ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٧٢ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٧ .

(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ح ١٥٣ .

بل ويصح الوقف في جزء خاص من الزمان ، مثل ليالي الجمعة ، لانه عقلائي، فيشمله اطلاق أدلة الوقف، وللمناط في مافعله علي بن الحسين عليهما السلام ، ولوعورت البئرحتى ذهب أثرها ، فالظاهران الحافر الجديد يملكها لبطلان الوقف ببطلان مرسمه ،كماذكرنا مثل ذلك في الاوقاف ،وكذلك انهار القرية وآبارها، اذا خربت وذهب أهلها .

والظاهر صحة وقف العين، وان كان ماؤها يأتي اليها تدريجياً، اذ العيون تستمد مياهها من الأمطار ، حيث تختزن فيها عاماً فعاماً ، ولهذا تنضب اذا لم ينزل المطر .

فلايقال : كيف يصح وقف ماليس بموجود ، فانه كوقف الدار وفيها بئر ماء ووقف البستان وتثمر كل عام ، لان الوقف لايحتاج الى أكثر من العقلائية والاطلاق وكلاهما موجود في المقام، ولوباع البئر دون الماء، أوالعكس صح ان كان البيع عقلائياً،كما انه تصح اجارة البئر دون أخذ مائها مثلا احتاج الى ذلك لاجل الاختفاء، أو لاجل جعل حمامه هناك، حيث ان الحمام يعشعش في بعض الابار .

نعم ، الظاهر عدم صحة اجارة الماء الا اذا بقي وامكن رده ، كما اذا أراد جعله فائراً لاجل التسخين، أوثلجاً لاجل التبريد ،كما يتعارف الان في المكائن، أوجعله محركاً لرحى ومعمل ونحوه .

قال في الشرائع: ولوحفرها [أي في المباح بدون قصد التملك] لا للتملك بل للانتفاع بها فهو أحق بها مدة مقامه عليها .

أقول : قد صرح بذلك الشيخ وابن ادريس والفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم ،كما حكى عن بعضهم ، ووجه عدم الملك ماتقدم من انه يحتاج الى

القصد، ولاقصد في المقام، ووجه الاحقية ـ وليس المرادبها التفضيل، بل الحق كما هوواضح ـ انه حق عرفي، فيشمله لايتوى،[1] ومن سبق الى مالم يسبق اليه مسلم،[2] ونحوهما، وقد ذكرنا فيما سبق انهم في [كتاب الغصب] يعبرون بملك العين، وملك المنفعة، وملك الانتفاع، وملك الملك .

والى هذا يشير علتهم لما ذكروه من انه لاينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك بعدم قصده للمحيي، وتعبيرهم في الغصب بالملك انما اريدبه معناه الاعم ومماتقدم يظهران اشكال الجواهر عليهم لايخلو من مناقشة فراجع كلامه .

وعلى ماذكرفاذا اعرض عن حقه حق لغيره استملاكه أو السبق اليه؛ فاذا عاد الاول لم يحق له كما صرح به غيرواحد، بل في الجواهر لاأجد فيه، خلافاً بين من تعرض له، ثم انه قال في القواعد: والبئر العادية اذا طمت وذهب مائها فاستخرجها انسان ملكها ، وعلله في مفتاح الكرامة بانها قد ماتت .

أقول: وهذا هو الظاهر من كلام القواعد، أما اذا لم تمت بالطم أو ماتت ، لكن صاحبها لم يعرض عنها ولم يحصل الانعراض القهري ـ مثل حال مايلقى في البحر ، كماتقدم ـ فيبقى للاول وهو من جهة صدق السبق ، كما اذا ملئها العواصف الرملية ، فأراد صاحبها ان يخرج التراب عنها من جديد أو مأأشبه ذلك، ولوفاض ماء البئر وخرج عن ملك صاحبها، فالظاهر انه مباح لمن أخذه للاصل بعد عدم شمول الأدلة السابقة له، وسيأتي في فيضان النهر المملوك مـا يفيد المقام .

نعم، اذا كانت طبيعة البئر تفيض وقصد الحافران يكون له كل مائهاوجرى

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

في مباح كان له لصدق من سبق، ولو جرى في ملك الغير كان لذلك الغير منعه ، فاذا لم يتمكن فالظاهر ان على صاحب الماء اعطائه الأجرة اذا كان لذلك اجرة ولو انشاء انسان سحاباً طبيعياً كان مائه له ولاحق لغيره الاستفادة منه ، كما ان للمنشيء بيعه ونحوه لاطلاق الادلة .

ولو أمطر في أرض الغير بدون اختيار صاحبه فانبت فالظاهر الشركة ، لان النبات حاصل من الارض والمـاء ، فلو كان هناك الحب لثالث كان مشتركاً بينهم .

والظاهر انه حتى مع اختيار المنشيء الحكم كذلك ، حيث ان الحرمة التكليفية لاتسقط الوضع كما تقدم مثل ذلك غير مرة .

و عليه فلا فرق بين رضى الثلاثة أصحاب المـاء والأرض والبـذر وعدم رضاهم واختلافهم، ولو وجدت بئر في محل مباح ولم يعلم انها للمارة، أو ملك خاص ، فالظاهر جواز الاستفادة منها لاصل الاباحة بعد ان لم يعلم ان حافرها قصد الملك وليس كذلك اذا وجدت دار في صحراء حيث ان الغالب عدم الاعراض عن الدار وعدم بنائها بدون قصد التملك ، ولذا لاتتم أركان الاستصحاب هنا حاله حال ما اذا وجدت ضالة مع ان الاصل في كثير منها الاباحة سابقاً .

نعم، لو جاء بعد ذلك صاحبها وظهر انها لم تكن مباحة كان على المستفيد اعطاء البدل ، لقاعدة على اليد [1]، وهي غير مشترطة بالعلم .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الضمان ح

(مسألة ـ٢ـ) قال في الشرائع: وأما مياه العيون والابار [أي غير المملوكة لاحد] والغيوث فالناس فيها سواء، ومن اغترف منها شيئاً باناء أو حازه في حوضه أو مصنعه فقد ملكه.

وقال في الجواهر ـ بعد قيده: قاصداً تملكه ـ بلا خلاف ولا اشكال، وكأنه أراد المنطوق لا المفهوم، حيث ان مفهومه انه لا يملك اذا لم يقصد التملك، مع ان فيه خلافاً، فان المحكي عن التذكرة انه قال: الانسان لا يملك مالم يتملك الا في الميراث، فعلى هذا ان نوى التملك بالاحياء ملك، وكذا ينبغي اذا لم ينو شيئاً بخلاف مالو نوى العدم فلا يملك فيتصور التوكيل في حيازة المباحات وأحياء الموات.

أقول: قوله كذا ينبغي قد تقدم وجه النظر فيه هنا، وفي شرائط الاحياء انه اذا لم ينو الملك له يملك فراجع، وأكثر اشكالا فيه ما في جامع المقاصد قال الذى يقتضيه النظر عدم اشتراط النية في تملك المباحات للاصل ولعموم قولهم(ع) من أحيى أرضاً ميتة فهي له،[1] واشتراط النية يحتاج الى مخصص.

اذ فيه: ان الاصل لا يقاوم الدليل، ومن احيى لا اطلاق له، ثم انه اذا ذهب ماء البئر، فهل لغير المالك ان يستخرج الماء بكيفية أو بزيادة حفر؟ الظاهر لا لانه تصرف في ملك الغير، فلو فعل بدون رضاه، فهل يملك الماء؟ لا يبعد ذلك

---

(١) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٧ الباب ١ من أبواب احياء الموات ح ٥ ـ ٦.

بالنسبة الى الاستخراج ، فهو مثل ان يجعل أرض الغير محلا لصيد الطيور لصدق انه من [من سبق] .

أما بالنسبة الى الحفر فلا يبعد الاشتراك ، فهما مثل نفرين حفرا بئراً حتى وصلا الى الماء ، فلهما من الماء بالنسبة ، كما يأتي ، وعدم رضى صاحبها يوجب التكليف لا الوضع ، ولو حفر في المفتوحة عنوة كان الحكم الاشتراك بينه وبين المسلمين لما ذكرنا سابقاً من ان الاشياء المفتوحة عامرها للمسلمين ، وغير عامرها للامام ، فالماء حيث يكون نتيجة عملهما ، حيث ان المسلمين فتحوا والحافر حفر كان لهما .

لكن في الجواهر قال : ومنه ينقدح البحث في ملك ماء البئر في المملوك للمسلمين من الارض المفتوحة عنوة ويتجه فيه عدم ملكه لها لما عرفت من اشتراط الملك به ان لا يتعلق به حق مسلم ، بل لعل الامر كذلك في المعدن الباطن فيها أيضاً ، بناءاً على ان اخراجه من الاحياء .

لكن قد سمعت ظهور كلام الاصحاب ان لم يكن صريحه ملكه لمحييه مطلقاً ، اللهم الا ان يريدوا مع احراز ما ذكروه سابقاً من شروط الاحياء ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة ماذكرناه في البئر ومائها والمعدن ، خصوصاً في صورة جهل الحافر والمستخرج ولانسلم ظهور كلام الاصحاب ، بل الظاهر منهم ما استدركه [ره] وقد ذكرنا ذلك هنا ، وفى مسألة المزارعة فى أرض مغصوبة وان كانت المسألة غير خالية عن الاشكال .

ومن ذلك يظهر الكلام فى مالو حفر بئراً فى موقوفة مسجداً أو مدرسة أو حسينية أو للمسلمين ، أما اذا حفر بئراً فى مثل عرفات لم يستبعد ملكه لمائها ،

لان عرفات شعائر لامائها ، وبعض الكلام فى هذه المسائل مذكور فى [كتاب الغصب] .

ولو أراد ان يوقف ماءاً ، فان كانت الارض للغير اشتراها ليحفر فيها ثم يسبل أما اذا كانت الارض مباحة صح له التسبيل بعد النبع ، بل يصح التسبيل قبله ، لانه وقف عرفى، فيشمله الدليل ولذا لو تجف البئر كل عام فى فصل خاص لم يضر ذلك بوقفها وكون مائها مسبلا .

ومما تقدم ظهر ، وجه تسبيل انابيب الماء فى الوقت الحاضر ، وكذلك تسبيل الغاز والكهرباء وما أشبههما فان موضوعه عرفى ، فيشمله الوقوف .[1]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٥٩ الباب ٣ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ١ - ٢ - ٣ .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : مايقبضه النهر المملوك من الماء المباح قال الشيخ : لايملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى أرض مملوكة ، بل الحافر أولى بمائه من غيره لانه عليه يده ـ انتهى .

وفي الجواهر : انالم نجدله موافقاً على ذلك الاما يحكى عن بعض العامة نعم عن أبي على اعتبار عمل مايصلح لسده وفتحه في تملك الماء .

أقول : الشيخ يستند الى ماتقدم منه من عدم ملك الفاضل للروايات الدالة على اشتراك الماء ، لكنك قدعرفت الاشكال في مستنده وأبو على يستند الى توقف صدق من سبق(١) ونحوه على ذلك ، اذ بدون فعل من الافعال لم يكن من مصداق من سبق .

وفيه: انه يصدق من سبق بكونه حافر النهر، كما يصدق ذلك في حافر البئر وماأشبه ذلك.

أما مثال السيل ، فقد أجاب عنه الجواهر بقوله : لوضوح الفرق بين الفرض وبين ماء السيل في ملك الغير الذي لم يقصد حيازته ولو بجعل آلة معدة لذلك، وانما هو نحو شبكة معدة لصيد، ولذا اتفق من عدا الشيخ من الاصحاب ممن تعرض لذلك على الملك بذلك ـ انتهى.

ومنه يعلم، انه لودخل السيل أرضاً فهو على أقسام:

الاول: ان يبقى فيها ويقصد صاحبها الملك، فهو له لدليل من سبق.

الثاني: ان يبقى، ولا يقصد، ولا يكون له، لماتقدم من احتياج الملك الى النية .

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

الثالث: ان لايبقى، بل يسيل، والظاهر عدم ملكه، وان قصد، لانه لايسمى سبقاً، فهو كما اذا مرت الطيور على دار انسان، حيث لايوجب ذلك ملكه لها أو مرت الاسماك الاتية من البحر الى شطه، ثم مرت الى البحر ثانياً، الى غير ذلك.

أما الاستدلال للمشهور بخبر اسماعيل بن الفضل ، فكأنـه لتقييده بكون الماء له مما يظهر منه عدم كون كل ماء له ، مع ان مقتـضى كون الماء له عدم التفصيل .

فقد روى في الكافي والفقيه عنه قال: سألت أباعبد الله عليه السلام ، عن بيع الكلاء اذاكان سيحاً يعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذى حفر النهر وله الماء يزرع به ماشاء؟ فقال عليه السلام: اذاكان الماء له فليزرع به ماشاء وليبعه بما احب.[1]

قال في الجواهر: ثم انه قد يظهر من قول المصنف وغيره مايقبضه النهر عدم ملك ما لوفاض ماء من هذا النهر طغياناً الى ملك انسان على وجه يدخل في النهر طاغياً، بل صرح الفاضل بانه مباح مشبهاً له بالطائر يعشعش في ملك الانسان مثلا ـ انتهى .

أقول: الامر كذلك اذاكان مالايقبض لايعد مما سبق اليه، والاكان لصاحب النهر، كما اذاكان له اطراف النهر أراضي فاذا فاض انصب فيها وانبت العشب ونحوه.

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٦ الباب ٩ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

ثم ان النهر قد يحفره واحد، وقد يحفره أكثر وفي الثاني قديكون منهم الحفر معاً مع وحدة الكمية، وقد يكون مع الاختلاف، وقد يحفر كل واحد موضعاً منه طولا أوعرضاً أوعمقاً، ففي حفر الواحد لاكلام .

أما في سائر أقسام الحفر فانصبائهم من الماء قد يختلف حسب اختلافهم في العمل، وقد يتساوى، ففي ما اذاكان الحفر منهم معاً كان لهم بالتساوي مع وحدة الكمية .

أما مع اختلاف الكمية، فان حفر هذا عشر اذرع ، وذلك عشرين ، كان للاول نصف الثاني، وان حفر هذا عرضاً طول اليمين الى الوسط، ونصفهمن اليسار، والاخر نصف اليسار الى الوسط كان للاول ثلاثة أرباع الثاني، وان حفر هذا الفوق [عمقاً] وذلك التحت رجعا الى أهل الخبرة فى حصة كل منهما لاصعبية حفر التحت غالباً، حيث يرفع ترابه .

نعم، اذاكان كل واحد يحفر عشرة أيام مثلا، وكان الحفر متساوياً من حيث العمل لم يحتج الى أهل الخبرة، لوضوح ان تساوي الاعمال يوجب تساوى الحقوق، وقد يحتاج استخراج الحق الى اعمال حسابية مثل الاربعةالمتناسبة ونحوها .

مثلا يقال: اذا حفر هذا عشرة أيام كل يوم ثمان ساعات، وحفر ذاك سبعة أيام كل يوم عشرة ساعات فكم منه للاول ومنه للثاني ، وكذا فى مثل حفر البئر حيث طريق استخراجه ضرب نصف القطر فى نصف المحيط وضرب الحاصل في العمق.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع : واذا كان فيه جماعة ، فان وسعهم على وجه لا يقع بينهم تعاسر ولم يسعهم ، ولكن تراضوا على المهاياة فيه ،

فلابحث وان تعاسروا قسم بينهم بالاجزاء .

أقول: والتقسيم بالاجزاء يمكن حسب الزمان كان يكون لكل واحد جزء من الزمان بقدر حصة، فاذا كان لاحدهم النصف ، وللاخر الثـلث ، وللثالث السدس، كان للاول ست ساعات، وللثاني أربع ساعات، وللثالث ساعتان من كل اثنى عشر ساعة، ويمكن حسب الكيل ، كما في الناعور المنصوب على البئر، حيث يكون للاول ستة، وللثاني أربعة، وللثالث اثنتان، ويمكن حسب الوزن كما يتعارف الان من صب الماء في مكان يوزن ثم يجرى الى ما يراد ويمكن بالعلم ـ بفتح اللام ـ .

قال في القواعد: فيجعل خشبة صلبة ذات ثقب متساوية على قدر حقوقهم في مصدر الماء ثم يخرج من كل ثقب ساقية مفردة لكل واحد فلو كان لاحدهم نصفه وللاخر ثلثه وللثالث سدسه جعل لصاحب النصف ثلاث ثقب تصب في ساقية ولصاحب الثلث ثقبتان تصبان في اخرى، ولصاحب السدس ثقبة.

وقال في مفتاح الكرامة: ولو كان لواحد نصف، ولاخر ربع ولاخر الباقي فلابد من أربع ثقوب .

وقد ذكره جملة من الفقهاء كالتحرير والدروس والجواهر وغيرهم، كما يمكن ان تختلف الثقوب سعة وضيقاً، لاوحدة وتعدداً فتكون ثقبة ذي النصف ضعف ثقبة ذي الربع مساحة هندسية ، فاذا كانت الثقبة مربعة أربعة في أربعة لصاحب النصف جعل لصاحب الربع ثقبة مربعة تشمل على ثمانية مثل المربع المستطيل، أي اثنان في أربعة، لانصف قدر الاضلاع، أي اثنان في اثنين لان حاصل ذلك أربعة ، وهي ربع حاصل أربعة في أربعة لا نصفه ، كما هو واضح.

وعليه ، فيمكن تعدد الثقبة لذى الاقل حتى يساوى حقه بالنسبة الى حق ذى الاكثر، مثل ان يجعل للثاني، في المثال ثقبتان كل ثقبة اثنان في اثنين لان الحاصل حينئذ ثمانية نصف ستة عشر الحاصل من ضرب أربعة في أربعة [حصة ذى النصف].

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه رد الشرائع للشيخ، حيث قال الشيخ وان تعاسروا قسم بينهم على سعة الضياع، أى التي هي لهم ، وقال المحقق: ولو قيل يقسم بينهم على قدر انصبائهم من النهر كان حسناً.

أقول : كان وجه قول الشيخ ان فضلة الماء مباحة فلاحق لمن يحتاج الى الاقل ان يأخذ الزائد من حاجته بدلا، فيكون الزائد من حاجته للمحتاج، وان كان المحتاج لم يكن له ذلك .

مثلا :كل واحد أعطى نصف نفقة الحفر، وكان لاحدهما جريب وللاخر جريبان، فان الاول يصرف بقدر ثلث الماء والثاني بقدر ثلثيه ، ولاحق للاول ان يأخذ التفاوت ، أي ثمن السدس من الثاني .

أما وجه قول المحقق وهو المشهور ان الماء أيضاً يملك ويباع وليس المعيار الاحتياج كما تقدم الكلام في ذلك .

نعم، لو كان الماء وقفاً كان لكل بقدر حاجته اذا كان الوقف كذلك، أما اذا كان الوقف بالتساوى من دون ملاحظة كثرة الحاجة أوقلتها أعطى الكل متساوياً وكان للزائد لـه ان يبيع مازاد ، لانه تملكه بالوقف حاله حال ثمرة البستان الموقوف على جماعة بالتساوى مثلا .

ثم قال في القواعد : وتصح المهاياة وليست لازمة .

أقول : اما صحتها فلان الماء لهما فيصح تقسيمه كماشاءا بالساعات ، أو

الايام أوماأشبه، وأماعدم لزومها فلعدم الدليل على اللزوم .

قال في مفتاح الكرامة: لعدم كونها معاوضة حقيقية فان رجع احدهماقبل استيفاء الاخرنوبته، سواء كان الراجع قداستوفى تمام نوبته أم لا؟ ضمن للاخر اجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي اجرى الماء فيها الى آخر كلامه ، وأيده الجواهر في صحة الرجوع .

لكن ربما يقال: ان المهاياة نوع معاوضة عرفية ، فيشملها [أوفوا بالعقود][1] ونحوه ، فلايحق لمن أخذ حصته ان يرجع ، ويعطي المثل لمن ابطلت نوبته ،كما لايحق لمن لم تحصل نوبته ان يرجع ويأخذ مافاته من الذي أخذ حصته .

أما الاول: فلان من لم تحصل نوبته بعدلم يعط للاول الافي مقابل ان يكون الماء له بعد ذلك ، لافي قبال المثل أو القيمة .

وأما الثاني: فلان الاول لم يستوف الماء في قبال ان يعطي البدل، بل في قبال ان يستوفي الثاني حصته بعد ذلك فايجاب المثل على الثاني [في الاول] وعلى الاول [في الثاني] خلاف تسلط الناس على أموالهم .[2]

ومثل ذلك يقال : في كل اقسام المهاياة ،كما اذاكانت دار مشتركة فقررا ان يسكن كل واحد منهما فيها سنة ، فاذا سكن الاول لايحق له ابطال المهاياة ، واعطاء الثاني نصف الاجرة ،كما لايحق للثاني ابطال المهاياة وطلب نصف الاجرة من الاول، فقد كان تبادلهما ان يكون للاول نصف السنة الذي هو للثاني

---

(١) سورة المائدة : الآية/١ .

(٢) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

في قبال ان يكون للثاني نصف السنة الذي هو للاول، فكيف تتحول هذه المبادلة الى الاجرة التي لم يقبل بها أحدهما .

ومن ذلك تبين، انه لايتحول الى المثل والقيمة، ولاالى الاجرة، وبذلك ترد الخدشة على كلا قولي مفتاح الكرامة الذي جعل له الاجرة ، والجواهر الذي جعل له المثل أوالقيمة .

قال الاول: لانه لماتعذر ضبط الماء المستوفى بالكيل والوزن امتنع ايجاب مثله، وان كان مثلياً، وأولى منه قيمته فلم يبق الاالرجوع الى الزمان الذي استوفى فيه فوجبت الاجرة على حسبه .

ورده الثاني: بانه لايصلح مخصصاً، لمادل على ضمان المثلي بمثله، ومع التعذر فقيمته، وان أدى ذلك هنا الى الرجوع الى الصلح ونحوه .

ثم اذاجعلا الامرمهايا، وجف الماء في نوبة الثاني كان له على الاول المثل أو القيمة ، كماهو مقتضى القاعدة ، كماانه اذاجف في نوبة الاول بطلت المهاياة وكان وقت جريان الماء لهما ، حسب قاعدة الاشتراك .

ثم انه لواستولى أحدهما على النهرغصباً كان للاخراذا قدر على الاسترداد ان يأخذ بقدر حقه، وان لم يرض الاول، وبعد ذلك يشتركان على الأصل، مثلا كان للاول ثلاثة ارباع اليوم والليلة فاستولى على النهر شهراً كان للثاني ان يستولى عشرة أيام، لانه ربع اربعين يوماً، والربع له ، وبعد الاربعين يشتركان على القاعدة .

ولافرق فى ذلك ان يكون استيلاء الاول عمداً أو جهلا أو نسياناً أو غير ذلك، فان الاختلاف في التكليف لايلازم الاختلاف في الوضع، وهل للاول

ان يلزم الثاني باعطاء المثل او القيمة بالنسبة الى الربع الفائت منه من الشهر؟ الظاهر ذلك، لان الاتلاف يوجب احدهما لاالتقاص، وانما التقاص يكون اذا لم يمكن احدهما ، كما قرر في محله، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٤ ـ) اذا استأجر جماعة اجيراً لحفر نهر كان ذلك النهر لهم حسب تساوى، او اختلاف النفقة، فاذا اعطاه كل واحد بقدر الاخر كان بينهم بالسوية، واذا اعطوه بالاختلاف كان للاكثر اعطاءاً الاكثر ، وذلك بالاضافة الى ذكر المشهور له يدل عليه دليل من سبق ، فقد سبق كل واحد بأجيره متساوياً او مختلفاً .

ومنه يعلم ان الاعتبار بالعمل لاقدر النفقة، فاذا استأجر أحدهم لاسبوع بمأة والاخر لاسبوع آخر بخمسين، وكان العمل متساوياً كان لكل واحد منهما نصفه كما صرح بذلك المسالك والجواهر وغيرهما .

والظاهر ان المحكى عن المبسوط من ان ملكية النهر على قدر النفقة اراد ذلك، لان الغالب تساوى العمل مع تساوى النفقة، ثم الاشتراك انما يكون اذا اشتركوا فى الحفر.

اما ماقاله الحواشي ، عن املاء الفاضل ان هذا مختص بما اذا اشتركوا فى الحفر، اما لو حفر بعضهم شيئاً، والاخر بعضاً آخر ملك كل واحد بقدر عمله لاخرجه اذا لم يكن لصعوبة الارض ، بل لتفاوت سعر الاجرة ـ انتهى .

فاللازم في توضيحه وتوضيح اصل المسألة ان يقال للمسألة صور:

الاولى: ان يعطى كل واحد بقدر الاخر، اومختلفاً، فانه يكون النهر والماء مشتركاً بينهم كل بقدر نفقته، متساوياً او مختلفاً ، من غير ملاحظة انهم حفروا معاً ، او كل واحد قدراً خاصاً ، كان بعض مواضع الارض صلبة ام لا ، بل متساوية في السهولة والصلابة ؟ لانه لما كان المال مشتركاً صار النهر والماء مشتركاً .

الثانية: ان يحفر كل واحد قدراً خاصاً بدون الاشتراك كان يحفر الاول اول

النهروالوسط اوسطه والآخرآخره، وحينئذ يشتركون فيماء النهر، لافي نفس النهر .

أما الاشتراك في الماء ، لان الجميع سبقوا اليه عرفاً من غيرتفاوت ، أو بتفاوت ان كان أحدهم حفرذراعاً من النهرمثلا، والثاني حفر ذراعين، والثالث حفرثلاث اذرع، حيث للاول السدس، وللثاني الثلث، وللثالث النصف .

وأماعدم الاشتراك في نفس النهر، لانه لاوجهله بعد ان كل واحد سابق الى محل حفره بدون اشتراك الاخيرين له.

الثالثة: ان يعطي أحدهم ديناراً لحفرالسطح والآخر ديناربن لحفرالوسط [عمقاً] والثالث ثلاثة لحفرالعمق، حيث كلما ذهب في العمق كان الحفرأصعب مما يحتاج الى مال أكثر.

والظاهرملاحظة النفقةلاالمساحة، فالاول لهالسدس، والثاني الثلث،والثالث النصف، اذ العرف يرى مثل هذا الاشتراك لصدق السبق بهذا النحو ، ومثله لواشتركوا بالمقادير المذكورة لحمل معدن الى المدينة فسار الاولبه فرسخاً بدينار، والثاني فرسخاًبه بدينارين، والثالثفرسخاً به بثلاثة دنانير، حيث كانت صعوبة المشي فيالفرسخ الثانيضعفها فيالفرسخ الاول، وفي الفرسخالثالث ثلاثة أضعاف الاول ، فان للاول السدس ، وللثانى الثلث، وللثالث النصف، اذ الاعتبارالعرفي بذلك فيشمله منسبق كل بحسبقدرنفقته لابحسبمسافة الحمل.

ثم انه لو كان لانسان نهر فشرع بعض المزارعين فى أخذ الماء منه كل شهر باجرة وزرعوا حوله ، فهليحق له ان يمنعهم اعطاء الماء باجرة وزرعهم بعد لم يكمل ، الظاهر التفصيل :

الاول : تضرركليهما متساوياً صاحب النهراذالم ينقله ، وصاحب الزرع

اذا نقله ، وفيه يتساقطان ، والمرجع قاعدة سلطنة صاحب النهر .

الثاني : ان لايتضرر أحدهما ، وفيه تتقدم قاعدة السلطنة .[1]

الثالث : ان يتضرر أحدهما فقط ، فانكان صاحب النهر كان له حق النقل لدليلي السلطنة ولاضرر ،[2] وان كان صاحب الزرع تعارض لاضرره مع سلطنة صاحبه ويقدم أهمهما ، كما قدم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لاضرر صاحب البستان على لاضرر سمرة ، وان كانت المسألة بحاجة الى تأمل أكثر.

ولو كان لانسان رحى أومعملا يتحرك بماء النهر وكان النهر لغير صاحبهما ففي النافع لم يجز لصاحب النهر ان يعدل بالماء ويصرفه عنها الابرضى صاحبها .

أقول: لعله لماذكرناه من صورة حق صاحب الرحى ولذا قال فى الجواهر انه فيما وضع الرحى بحق واجب على صاحب النهر مراعاته ، كما عن ابن ادريس التصريح بذلك .

وعليه يحمل الصحيح الذي رواه المشايخ الثلاثة ففى الكافى قال : كتبت الى أبى محمد عليه السلام ، رجل كانت له رحى على نهر قرية ، والقرية لرجل فأراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء فى غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أله ذلك أم لا؟ فوقع عليه السلام : يتقى الله ويعمل فى ذلك بالمعروف ولايضر اخاه المؤمن .[3]

ثم انه لايحق لصاحب المعمل ان ينصب معمله على نهر الغير ، وان لم ينقص مائه بادارة مائه المعمل لانه تصرف في ملكه لايجوز الا برضاه ، ولورضى

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٣ الباب ١٥ من أبواب احياء الموات ح ١ .

صاحب الماء، لكنه يوجب تلوث الماء بما يضر الشارب والزرع لم يجز أيضاً لانـه لا يحق لاحدهما عمل ذلك ، فان النـاس مسلطون على أموالهم[1] لا على أحكامهم، كما انه لا يجوز نصب معمل يلوث البيئة تلويثاً ضاراً سواء البر أو الجو أوالبحر أوالانهر الكبار، والقدر الضار عن غير الضار يرتبط تشخيصه بالخبراء كما هو واضح.

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع: اذا لم يف النهر المباح، أوسيل الوادى بسقي ماعليه دفعة بدىء بالاول وهو الذى عندفوهته فاطلق اليه للزرع الى الشراك وللشجر الى القدم وللنخل الى الساق، ثم يرسل الى من دونه ولايجب ارساله قبل ذلك ولو ادى الى تلف الاخير، ونحوه المحكي عن التذكرة والتحرير و الدروس وغيرها، بل عن جامع المقاصد الشهرة عليه.

وفي مفتاح الكرامة: ليس محل خلاف ولاتأمل، وفي المسالك: الاجماع عليه ، وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في أصل الحكم ، بل الاجماع بقسميه عليه، ويدل على الحكم في الجملة قبل الاجماع القاعدة ،كما تأتي وروايات العامة والخاصة:

أما العامة : فتأتي في آخر الكتاب انشاءالله تعالى.

وأما الخاصة : فهي ماروا ه المسالك مرسلا ، قال : روى ان رجلا من الانصار خاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: اسق يازبير ثم ارسل الماء الى جارك فغضب الانصاري فقال ان كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: يازبير اسق واحبس الماء حتى يصل الى الجدر ثم أرسله،[1] قال: والشراج جمع الشرج وهو النهر الصغير ، والحرة الارض التي البست الحجارة السود ، والجدر الجدار.

ثم قال : والاصح انه(ص) كان قداستنزل الزبير عن بعض حقه، فلما أساء

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٣ و ١٥٤ .

الانصاري الادب قال له: استوف حقك، لانـه اذا بلغ الماء الكعب بلغ أصل الجدار.[١]

ومنه يعلم، انجعل الجواهر الخبر عامياً، لانه وجده في كتب العامة منظور فيه والافوجوده في المسالك، وانكان مرسلا يكفي في كونه من طرق الخاصة بعد وجود المراسيل في كتب الفقهاء بكثرة .

وعن غياث بن ابراهيم ، عن الصادق عليـه السلام ، في مارواه المشايخ الثلاثة ، وفي سنده ابن أبي عمير الذى هو من أصحاب الاجماع ، فلا يروى ولايرسل الا عن ثقة، قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى سيل وادى مهزور الزرع الى الشراك، والنـخل الى الكعب ، ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك.[٢]

وعن النهاية قال: قضى رسول الله صلى اللهعليه وآلهوسلم في سيلوادى مهزور ان يحبس الاعلى على الذى هو اسفل منه للنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك، ثم يرسل الماء الى من هو دونه ثم كذلك يعملمن هودونه،[٣] وعن المبسوط ، روى أصحابنا : ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل و للشجر الى القدم وللزرع الى الشراك،[٤] وعن السرائر مثله .

وعن الفقيه بعد ان روىخبر غياث كما تقدم قال: وفي خبر آخر: انللزرع الى الشراكين وللنخل الى الساقين.[٥]

---

(١) المسالك : ج ٢ ص ٢٩٥ س ٢٠ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٥ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) النهاية من الجوامع الفقهية : ص ٣٤٢ س ٢٨ والجواهر : ج ٣٨ ص ١٣٢ .
(٤) المبسوط : ج ٣ ص ٢٨٤ .
(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٥ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ٢ .

وعن الغنية: قضى رسول الله صلى الله عليـه وآله وسلم: ان الاقرب الى الوادى يحبس الماء للنخل الى ان يبلغ في أرضهالى أول الساق والىالزرع الى ان يبلغ الشراك.[1]

وفي خبر عقبة بن خالد، عن الصادق عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليـه وآله و سلم في شرب النخل بالسيـل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل يترك الماء الى الكعبين، ثم يسرح الماء الى الأسفل الذى عليه، وكذلكحتى تنقضى الحوائط ويفني الماء.[2]

وعن ابن أبي جمهور فى درر اللئالي، عن النبى صلى الله عليـه وآله و سلم: انه قضى فىسيل وادىمهزور ان يحبس الاعلى على الذى أسفلفيهللنخل الى الكعب وللزرع الى الشراك.[3]

أقول: عن السمهودى ان مهزور كان يمر فى مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كما فى هامش المستدرك.[4]

قال فى المسالك: والمشهور فى الرواية بتقديم الزاء المعجمة على الواو ثم الراء المهملة أخيراً، ونقله ابن بابويه عن شيخه ابن الوليد بالعكس وذكر انها كلمة فارسية من هرز الماء اذا زاد عن المقدار الذى يحتاج اليه، لانه من [هرزه] كما يستعمل ذلك الى الان، وعن التنقيح انه نقلعن الشهيد فى درسه انه بالمهتلين، وكأنه اخذه من قول الجوهري والهرور الماء الكثير الذى اذا

---

(١) الغنية من الجوامع الفقهية : ص ٥٤٠ س ٣٠ وفي الجواهر : ج ٣٨ ص ١٣٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٤ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٥ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٠ الباب ٧ من أبواب احياء الموات ذيل ح ١ .

جرى سمعت هريرة، أي قال: [هرهر] وهي حكاية صوته.

وكيف كان فالظاهر انه لايختلف التحديدالمذكور شتاءاً وصيفاً وباختلاف الاراضي، حيث ان بعضها رخو« تمتص الماء بسرعة » وبعضها صلب لا تمتص وباختلاف الزروع والاشجار، حيث ان بعضها تحتاج الى ماء أكثر لاطلاق النص والفتوى.

نعم، انهما ينصرفان عن مثل الارز حيث المتعارف لزوم انغماسه فى الماء كما ان شيئاً لوكان غير متعارف كانا منصرفين عنه، مثل ماذا اشتد الحرحيث يجف الماء بسرعة ، الى غير ذلك .

ثم انه قد يعلم ان أحدهم مقدم: المتصل بالفوهة ، أوالاوسط، أو الاخير مع تشخيصه، وقد يعلم مع عدم تشخيصه، وقد لايعلم لااشكال في الحكم في الثالث لاطلاق النص والفتوى .

وفي الثاني: ينبغي ان يقسم بينهما لقاعدة العدل .

وفي الاول: وقع الاختلاف، فعن الشهيد في الدروس ان الحكم المذكور اذا لم يعلم السابق في الاحياء الاقدم، و تبعه جملة آخرون كالمحقق و الشهيد الثانيين، بل عن الكفاية تعليله بأن النصوص لاعموم فيها بحيث تشمل هذا القسم لكن آخرون أطلقوا، فالمطلقون نظروا الى اطلاق النص في المقام،والمقيدون نظروا الى اطلاق من سبق، وحيث ان بينهما عموماً من وجه كان اللازم في موردالتعارض التساقط والرجوع الى عموم فوق مثل : [لكم] بالاضافة الى ان الغالب ترتب الاحياء، ومع ذلك اطلق النص .

ومنه يظهر، وجه النظر في قول الجواهر الاولى تعليل حق السابق بانه قد تعلق حقه بالماء قبل غيره،وان كان في آخر النهرلعموم من سبق، وانه يرجح

على النص في المقام بالشهرة، اذ لاشهرة المقام،فان فيه من اطلق ومن قيد كما عرفت وتردد بعضهم فتأمل .

و لو كان نخل وزرع لوحظ الاكثر للصدق كما في كل موضع جمع الاقل والاكثر مما لكل حكم، مثل ما اذا قال: أعط العالم ديناراً والزاهدنصف دينار فاجتمع العلم والزهد .

ثم ان اغلب النصوص وان خلت عن الشجر الا ان الشهرة المحققة ، بل والاجماع المدعي مع وجوده في مرسلتي المبسوط والسرائر كاف في الحكم المذكور .

ثم ان ظاهر النص والفتوى صورة احتياج كلا الملكين الى الماء أمااذا احتاج أحدهما، لشرب الاخر من عروق الارض لزم تقديم المحتاج، اذالنص و الفتوى ظاهران في صورة الاحتياج، فمع عدمه يتمسك بـ[لكم] كما اذاكان على البحر صيادون بعضهم عنده اشجار، و بعضهم يعيش على السمك فقط و كان السمك قليلا بحيث اذاأخذه المستغني بقي المحتاج جائعاً، فانه يقدم المحتاج لقاعدة [لكم] .

ثم الظاهر ان المراد بالشراك دون قبة القدم في وسطها الاقرب الى الاصابع وبالقدم دون الكعب ، فان الكعب واسطة بين القدم، وبين عظم الساق، وبالساق فوق الكعب .

قال في الجواهر: وأما اختلاف التحديد بالساق والكعب للنخل فقدنزله الصدوق على قوة الوادي وضعفه، وأولى منه تنزيله على ارادة العظمين الناتيين المتصلين بالساق فيكون الوصول اليه هو الوصول الى مبتدء الساق، كماسمعته من الغنية ، و على انوصوله الى الكعب الذي هو العظم الناتي في ظهر القدم

يستلزم وصوله الى ذلك على ان التعبير بـالكعب قد وقع في النافع و النهاية التي هي متون الاخبار والا فالمشهور التعبير بالساق الذي هو منطبق على ما في أخبار العامة من التحديد بالجدر، الى ان قال: فلا محيص عن العمل بمرسلي الساق المعتضدين بشهرة الاصحاب، وباصالتي بقاء ، وعدم سلطنة الاسفل على الاعلى في منعه عن القدر الزائد على المجمع عليه ، الى آخره و انمـا عبر بالجدر، لان جدر البساتين لاتبتدء من الارض، وانمـا من مرتفع فيكون أول الجدار منفصلا عن سطح الارض.

ولايخفى ان اختلاف الارجل لايضر بعد ان المعيار فيها الوسط كالاشبار في الكر والمكاييل في الزكاة، الى غير ذلك .

ثم انه اذا كان الماء أقل من المتعارف،فالظاهر التقسيم لاالتحديد المذكور اذ النص منصرف عنه، وقد تقدم تفصيل الصدوق بين قوة الوادي وضعفه، كما انه اذاكان كثيراً بحيث امكان أخذ الزائد،فمع عدم التعاسر يأخذ الاعلى الزائد ثم يطلقه على الاسفل، ومع التعاسر يأخذ الاعلى بقدره ثم يطلقه، وبعد أخذ الاسفل بقدره يأخذ الاعلى بقية حاجته .

وأمااذا لم يرد الاعلى بقدره، لانه يوجب عطباً للزرع مثلا، فلا اشكال في حقه الاطلاق اذا لم يضر الاسفل لزيادة المـاء الموجب لضرره ، والا تعارض الضرران وقسم بينهما ، اذ لاأولوية .

قال في المسالك: ان اطلاق النصوص والفتاوى سقي الزرع والشجر ذلك المقدر محمول على الغالب في أرض الحجاز من استوائها، وامكان سقيها جمع كذلك، فلو كانت مختلفة في الارتفـاع و الانخفاض بحيث لو سقيت أجمع كذلك زاد الماء في المنخفضة عن الحد المشروع أفرد كل واحد بالسقي بما

هو طريقه توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان ولو كانت كلها منحدرة لايقف الماء فيهـا ، كذلك سقيت بما تقتضيه العادة وسقط اعتبـار التقدير الشرعي لتعذره ـ انتهى .

وقد سبقه الى ذلك القواعد وجامع المقاصد ، وتبعه الكفاية و الجواهر بل قال الاخير : الظاهر بناء الاطلاق المزبور نصـاً و فتوى على استواء الارض .

نعم، ما ذكره بعد ذلك بقوله: لكن لاحق للثاني الابعد استيفاء الاول تمام حاجته، وان ادى ذلك الى ضرر الغير، بل ان لم يفضل لاشيء له بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه لانه أحق بمقدار حاجته، بل لاحق للثاني الابعدها غير ظاهر الوجه، اذ لااجماع في المسألة، حيث لم يتعرض لهذه المسألة كثير منهم والعلة التي ذكره غير تامة اذ [الحكم] يقتضي تساوي الحقوق ، كما عرفت غير مرة ، والنص لا يشمل مثل المقام .

ولو منع من لاحق له من له الحق بالقوة، فاذا كان استغلالا لمائه، فالظاهر ضمانه بقدر ضرره لاللماء فقط، مثلا: كان الاسفل قد أخذ كل ماء الاعلى، وقيمة الماء عشرة، لكن زرعه قدمات بسبب العطش مما خسر مائه، فان على الاسفل ان يدفع مائه لان الضرر مستند اليه فيشمله دليل لاضرر فحاله حال ما اذا سرق مفتاحه مما سبب ان لايقدر على غلق داره فجائه السارق وسرق متاعه، فانه يضمن ذلك حيث انه السبب .

وقد ذكروا مثل هذه المسألة في المباشر والسبب في [كتاب الديات] ويشمله علاوة على ذلك لايتوى ونحوه ، واذا كان لتقديم الوقت فقط من دون ضرر ، أي كان اللازم ان يسقى الاعلى ثم الاسفل فسقى الاسفل قبل الاعلى لم

يكن على المتقدم ضمان ، وان استحق التعزير لو كان عامداً .

والظاهر انه اذا غصب نهره كان له الحق في أن يأخذ نهره ، لكن ليس ذلك عوضاً، بل بدل حيلولة ، أي ان السلطة على نهره أوجبت سلطة المغصوب منه على نهر الغاصب ، لان النهر صار بدل النهر ، اذ الاصل عدمه ، وقد ذكروا تفصيله في[كتاب الغصب]، وقد أشار اليه الشيخ المرتضى[ره] في المكاسب فراجعه .

ولو كانت المزارع ونحوها في أطراف الفوهة ، ولاتكفي اعطاء الماء لها دفعة ، فان امكن التوزيع بأن يعطي لكل واحد منها ربع الماء في المزارع الاربع مثلا ، وزعت اذ لاأولوية، وان لم يمكن فهل يخير بين القرعة والمهايات ـ ان امكنت ـ أو يقدم أحداهما على الاخرى ؟ احتمالان من ان القرعة (١) لكل أمر مشكل، ومن ان المهايات بقاعدة العدل ، وهي مقدمة على القرعة ، لان القاعدة لاتدع مجالا للاشكال فلا موضوع للقرعة .

الظاهر تقديم المهايات فيأخذ أحدهم الماء في هذا اليوم أولا ، والثاني في اليوم الثاني أو لا وهكذا ، نعم اذا رضوا بالقرعة ، أو لم تمكن المهايات أقرع .

ومن ذلك يظهر الكلام في ماكانت المزارع عن يمين النهر ويساره مثلا ، فقد صرح الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم على ماحكي عن بعضهم بالقسمة فان تعذرت فالقرعة وذكر الشهيدان المهايات مع الضيق ، فان تعاسروا فالقرعة .

---

(١) الوسائل : ج ٨ ص ١٩١ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١٧ .

والظاهر انه لافرق بين ان يكون الماء مباحاً أووقفاً أوملكاً لهم ، اذلاوجه في كل ذلك للتقديم بدون مهاياة ، أوقرعة في حال التعاسر .

نعم، لو كان أحد الزرعين يفسد بتقديم غيره بينما لايفسد الزرع الاخر قدم ما يفسد لدليل لاضرر،(١) بل الحكم كذلك اذا كان ما لايفسد تقدم قبلا اذ لاضرر مقدم على حق السبق ، فانه دليل ثانوي ، والادلة الثانوية تقدم على الادلة الاولية .

مثلا : سبق أحدهما الى البئر لاشراب دوابه ، وجاء الثاني بعده ، لكنه اذا صبر حتى تشرب دواب الاول هلكت دوابه ، فانه يقدم حينئذ لدليل لا ضرر ولولم يكن الماء كافياً لهما ، وكانا سابقين ، فالظاهر التقسيم حسب الاحتياج لاحسب التساوي ، فلو كان لزيد دابة ولعمرو دابتان واجتمعا على البئر مرة واحدة وكان الماء يكفي لدابتين فقط استقى صاحب الدابتين بقدر شرب دابة ونصف وصاحب الدابة بقدر شرب نصف دابة ، لانه المنصرف من دليل [لكم] بضميمة دليل السبق ، وكذا الحال في زرعين طرفا الفوهة ، أو طرفا النهر ، لوحدة الدليل في المقامين ، بل كل مقام فيه سبق كما تقدم شبه ذلك .

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر، ولو كانت أرض أحدهم أكثر قسم على قدرها ، لان الزائد مساو في القرب ، فيستحق جزءاً من الماء ، اذ المعتبر في قرب الارض من الماء جزء منها ، وان قل حتى ان اتسعت أحداهما على جانب النهر وضاقت الاخرى وامتدت الى خارج فهما متساويان لصدق القرب بذلك ـ انتهى .

فان للمسألة صوراً :

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

الاولى : زيادة الاحتياج ، وقلته ، وقد عرفت ان التوزيع يكون حسب النسبة ، لاحسب الافراد .

الثانية : ان يكون لاحدهما أرضان ، وللاخر أرض واحدة كل واحدة جريب مثلا، وهنا الاعتبار بالاراضي لابالمالكين لتلك الاراضي ، كماتقدم مثله في صاحب دابتين وصاحب دابة .

الثالثة : ان يكون قدر اتصال أحدهما بالنهر ذراعاً ، وقدر اتصال الاخر مأة ذراع مثلا، وفي مثل المقام يتساويان ، لان كل واحدمنهما يعد أعلى، فيشمله اطلاق تقديم الاعلى، هذا مع وضوح ان ماذكرناه أحكام أولية قديستثنى منها لعارض ثانوى .

ثم ان كانت الاشجاروالنخيل على السواقي لم يكن اعتبار بالشراك والساق ونحوهما ، بل صارالاعتبار بمايشبه الشراك ونحوه بالنسبة ، فمثلا الشراك في الارض يكون الى الركبة في الساقية .

ثم انه لوأراد أحدهم ان يستجد أرضاً على النهر المذكور حق له ذلك في مدة عدم معارضته ، مثلا : في أوقات السيل يتمكن من الاستفادة دون غيرها ، فانه تحق له الاستفادة في ذلك الوقت دون سواه لانه لاسبق عليه في وقت السيل بينما عليه سبق في غيره .

قال في الجواهر: ولوأراد أحد ان يستجد بناء رحى على النهر المزبور، فان عارض الاملاك على وجه يحصل ضرر عليهم أو بعضهم، لم يكن له ذلك الابرضاهم، سواء بناها في ملكه أم في الموات، وان لم يعارض احداً جاز، وان كانت أعلى من الجميع، لان لهم حق الانتفاع لاحق الملك فلايتوقف على اذنهم ما لاينافي انتفاعهم ، وقد سبقه الى ذلك المسالك .

أقول: وحتى اذا قيل بأن لهم الملك، لكنه انمايكون بقدر سبقهم لاأكثر، والمفروض ان الماء أكثر، أماكماً اوكيفاً، أى ان الذى سبقوا اليه كيف الماء أي ذاته لاسائرالانتفاعات به كماتقدم مثال الاستفادة من تبريده او تسخينه .

ومنه يعلم ، انه لو أراد تلطيف الجو بجعل الماء في الفوارة ، ثم يرجع الى النهر لاستفادتهم لم يكن مانع عن ذلك ، وان كانواهم سابقين .

وقد تقدم شبه هذه المسألة في مسألة الحريمللدار ونحوها لمرور المسافرين وما أشبه ذلك ، ثم قال : و لو كان على النهر أرحية متعـارضة فهي كالاملاك في تقديم ما كان منها ما يلي الفوهة ان لم يكن غيرها السابق في الاحياء .

أقـول : ولو تعارض الرحى والزرع في الاستفادة كان تعارض الارحية ، كتعارض المزارع، لوحدة الدليل في الجميع .

ثم انهظهر مما تقدم وجه الاشكال في اطلاققول القواعد، ولو سبقانسان الى الاحياء في أسفله، ثم احيى آخر فوقه ثم ثالث فوق الثاني قدم الاسفلفي السقي لتقدمه في الاحياء ثم الثاني ثم الثالث .

وفيمفتاح الكرامة انهذكره في التذكرةوالتحرير أيضاً، بقي شيء وهو ان الأعلى لاحق له في زيادة النخل والشجروالزرع اذا كانذلك ينافي حقالاسفل اذ سبقه انما كان بقدر والزائد حق الاسفل .

وكذا لاحق له في زرع ما يأخذ ماءاً أكثر مما ينافي حق الاسفل ، ولو امكن السقي بواسطة الالة مما يوفر الماء لكل المتعـارضين لاتصل النوبة الى المهايات والقرعة ونحوهما، وان كانت مدة عدم الالة كان اللازم أحداها ، اذ قد تقدم ان السبقالى الماء لايزاحم الكيفان امكن فـ [لكم] يقتضي استفادة

الجميع، ولو كان الأعلى يستفيد من الماء لا للمزرع فحسب، بل للرش أيضاً قدم حقه على الاسفل اللاحق في كليهما لدليل من سبق فلا حق للاحق في منعه عن الرش مثلا، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٦ ـ) لو أحيى نفر أوجماعة أرضاً الى جنب نهر كان مائه زائداً على قدرحاجته أو حاجتهم لم يكن اشكال في صحة احياء آخر بعض الارض الاخرى الى جنب النهر، والاستفادة من مائه، لانه ماء مباح لم يسبق اليه أحد وان لم يكن مائه زائداً على قدر حاجته أو حاجتهم، لم يصح أحياء المتـأخر على هذا الماء لانهم سابقون اليه، فيشملهم من سبق .

وهذا هو المشهور كما قيل، وان تردد فيه المحقق ، قال: لو احيى انسان أرضاً ميتة على مثل هذا الوادي [أي الذي سبق ان احيوا عليه] لم يشارك السابقين وقسم له ما يفضل عن كفايتهم وفيه تردد .

والظاهر ان وجه احتماله صحة الاحياء ان الماء مباح، فكما يصح للسابق الاستفادة منه، كذلك يحق للاحق، ويؤيده ان البساتين والمزارع تحيى تدريجاً على حافة الانهار والسيرة على عدم منع السابق للاحق مع ان الماء كثيراً، خصوصاً في أيام الحر قليل لايكفى الجميع مما يضطر السابق الى الاخذ قليلا لملاحظة وصول الماء الى اللاحق، ولو لم يحق للاحق لكانوا منعوه عن الاحياء ، أو عن اعطائه الماء اذا شح .

ومثله ما اذا سبق جمع الى رعي أغنامهم الى مرعى يكفيهم ، فانه لايحق لهم منع صاحب غنم آخر والا كان من جعل الحمى .

والحاصل : انه يشك في صدق من سبق على السابق أم لا ؟ فالاصل بقاء الاباحة، وبقاء حق اللاحق في الاستفادة، وعدم حق السابق .

وربما يؤيده أيضاً انه اذا كان السيل يجرى من الجبل كل عام فيسقى أراضي جماعة بعد عشرات الفراسخ من الجبل، لايمكن ان يقال: بانه لاحق لغيرهم ان يبني فوق الجبل ويزرع ممايوجب امتصاص قدر كبير من الامطار بحيث لايكفي

الباقي لمزارعهم في السنين القادمة ، وكذا جرت السيرة ببناء البيوت اطراف الانهر من اعاليها مع ان الماء اذا أخذ منه لايكفي الذين بنوا بيوتهم في اسافلها الى غير ذلك من المؤيدات .

وعلى هذا، فالمجال لتردد المحقق واسع، وقد تكلم المسالك والجواهر حوله بما لايخلو بعضه عن اشكال فراجع كلامهما .

ثم لايخفى انه لو قلنا بالقول الاول يلزم ان يخصص بما اذا كثر المحتاجون حيث ان [لكم] حاكم على السبق، فهو مثل ما اذا دخل الروضة جماعة هي بقدر سعتهم، فاذا جاء آخرون كان لهم الحق أيضاً فلا يحق للمسابقين الاطـالة كي لايقدر اللاحقون على الزيادة .

ثم لايخفى انه لو كانت قطعتـا أرض على الفوهة و بعدها ، حيث يحق للسابق السبق فى الاستفادة ثم ارسال الماء الى اللاحق ، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم : فى خبر عبـادة بن الصامت ـ المروي فى كتب العامة والخاصة ـ : ويرسل الماء الى الاسفل حتى تنتهى الاراضى[1].

وقوله صلى الله عليه وآله وسلم فى رواية الصادق عليه السلام : ثم يرسل الماء الى الاسفل[2]، ومات المالك للارض الاولى مثلا ، حيث ورثه ولداه كانا شريكين فى السبق ، فلا يحق لاحدهما ان يتقدم على الاخر ، وسقى أرضه ، سواء قسما الارض بينهما بحيث اتصل القسمان بالفوهة،أو بحيث صارت حصة أحدهما متصلا بها ، وحصة الاخر بعد حصة الاولى الا اذا تراضيـا فى جعل السبق لاحدهما، اذ كما يرث الشخص الارض يرث مائها أيضـاً ، وهل ترث

---

(١) انظر سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٤ . والجواهر : ج ٣٨ ص ١٣٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٤ الباب ٨ من أبواب احياء الموات ح ١ .

الزوجة من الماء ، لانه حق تركه الزوج أولا ترث؟حيث ان الماءتابع للارض وهي لاترث الارض ؟ احتمالان ، و ان كان لايبعد الارث ، لان الارض مستثناه بالنص والاجماع .

أما الماء فليس كذلك فلاوجه لعدم ارثه، حيث يشمله الاطلاق ، وكذلك حال ماء البئر ، وان لم ترث من ذات البئر .

و منه يعلم ، انه لو خلف بستاناً ورثت من قيمة الاشجار التي لها الماء ، لامن ذات الاشجار ، حيث ان الشجراذا كان له الماء كان أغلى من الشجر الذي لاماء له مما يحتاج صاحبه الى اشتراء الماء له .

قال في الجواهر : ولو احتاج هذا النهر الى حفر و اصلاح وسد خرق ونحو ذلك ، فالظاهر كونه كالنهر المملوك الذي صرح في القواعد بأن عليهم حسب ملكهم فهنا أيضاً على حسب استحقاقهم ـ انتهى .

والظاهر ان لزوم الاصلاح انما يكون بقدر الماء الذي يأخذونه من النهر أو العين ، وان كانت الارض التي لهم مختلفة مثلا : أرض أحدهم جريبان ، لكن يأخذ من الماء بقدر أخذ الاخر لارضه التي هي جريب ، لان النفقة بقدر الاستفادة حاله حال ما اذا باع صاحب النهر الماء لهم .

ومنه يظهر، ان الاعتبار بقيمة الماء لابحجمه أيضاً ، فاذا كان أحدهم يأخذ الماء شتاءاً ، لان زرعه شتوى والاخر يأخذ صيفاً ، وكان الثاني يأخذ ضعف الاول، الاان القيمة متساوية فرضاً ، وذلك لانه لاوجه لاعطاء من يأخذ الضعف ضعف نفقة النهر مع ان قيمة الاستفادة متساوية .

ثم قال الجواهر : ولو امتنع بعض الشركاء من الاصلاح لم يجبر، وان كان لايخلو من نظر ، خصوصاً مع ملاحظة قاعدة نفي الضرر و الضرار ، وقاعدة

حفظ الماء والنهر عن ضياعه .

أقول : وذلك كما في الملك المشترك ، حيث لايستعد أحد الشركاء من اصلاحه ممايوجب تلف الماء، خصوصاً اذا كان حيوانأ يتلف لو ترك غذائه ودوائه ولولم يمكن جبره صرف الحاكم وأخذ منه مقاصة ،كما انه كذلك اذا مرض ولم يستعد لعلاج نفسه ، فان الحاكم يجبره ، فاذا لـم يقدر صرف عليه وأخذ من ماله والأخذ لنفسه أولى من الاخذ لواجبر النفقة .

كما في قصة هند ، حيث اشتكت الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عدم انفاق أبي سفيان[1] ، ولو كان نهر مملوك لجماعة لكل واحد شيء منه طولا ، وخربت حصة أحدهم ، فالظاهر انه لايكلف الاخرون بشيء من تعميره للاصل ومجرد مرور الماء من حصة هذا الى حصة أولئك لايستلزم ان يكونوا مكلفين ببعض النفقة .

نعم ، اذاكانوا مشتركين في الكل كان على كل قدر حصته ، فالولد والبنت الوارثان لنهر أبيهما يكون على الولد ضعف ماعلى البنت .

والظاهر انه كذلك اذا بيع النهر وجعلت حصة للبائع ،كما في قصة بيع السجاد عليـه السلام ، وجعل حصة لسكينة عليها السلام على ماتقدم ، فلو باعه على ان يكون له كل اسبوع ليلة كان سبع الاصلاح على من له ليلة .

ولو كان مسيل الماء الى أراضي الزارعين مسافة فخربت مما احتاج الى الاصلاح كان الاصلاح على كلهم حسب نفعهم فانه وان كان المسيل متصلا بأرض أولهم الا ان من له الغنم فعليه الغرم .

---

(١) العوالي : ج ١ ص ٤٠٢ ح ٥٩ .

ومنه يعلم حال المصب بعد مروره من مزارعهم فانه اذا احتاج المصب الى الاصلاح كان عليهم أجمع، ولايقول غير الاخير انه يرتبط بالاخير فقط ، وهل يجوز جعل الجسر على النهر المملوك بقصد وصل الجانبين ؟ الظاهر لا ، الا برضى صاحبه ، لانه تصرف في حريم النهر ، اذ الهواء من حريمه ، لما تقدم في بعض المباحث السابقة ، ولذا قال جامع المقاصد : ان هواء النهر يملك بالاحياء كما يملك الحريم .

(مسألة ـ٧ـ) روي الشيخ في التهذيب في الموثق ، عن اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام ، قال : سألته عن رجل في يده دار ليست له ولم تزل في يده ويد آبائه من قبله قد أعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ، ولايدرون لمن هي فيبيعها ويأخذ ثمنها ، قال عليه السلام ماأحب ان يبيع ماليس له ، قلت فانه ليس يعرف صاحبها ولايدرى لمن هي ولاأظن يجيء لها رب أبداً ؟ قال : ما أحب ان يبيع ما ليس له ، قلت : فيبيع سكناها ومكانها ، فيقول لصاحبه : ابيعك سكناى وتكون في يدك كما هي في يدى ؟ قال عليه السلام : نعم يبيعها على هذا .(١)

والرواية سيالة وموافقة للقاعدة ، فانه اذا كانت بئر أونهر أوعين أوبستان أوما أشبه في يد انسان فقد يعلم وارثه انه له .

وهذا لااشكال فيه ، وقد لايعلم انه له أم لا ؟ والاصل فيه انه له ، لان اليد دليل الملك الااذا ثبت خلافه ، وقد يعلم انه ليس له ، ويعلم اجمالا انه وقف لشيء ما ، أوملك لمحصور ، وفيهما يصرف في وجوه البر في الاول ، ويعمل بقاعدة العدل في الثاني ، وقد يتردد بين الوقف والملك :

والظاهر لزوم قاعدة العدل كمااذا لم يعلم هل انه كان لزيد ثم ورثه أولاده أوانه وقف على ضياء روضة مطهرة ، الى غير ذلك من الامثلة .

اما لوعلم بانه ملك لغيره ، ولايعلم ذلك الغير لابين محصور ولابين غير محصور ، فان كونه في يد آبائه دليل على ان السلطة لهم ، لما تقدم من ان اليد علامة الملك، وحيث يعلم بعدم ملك الغير، ولايعلم بعدم السلطة ، اعمل قاعدة

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٥٠ الباب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٥ .

اليد لملك الاباء السلطة ، فيبيع السكنى الذى له سلطة عليه ولايبيع الغير ، أما العين فهي مجهولة المالك ، واحتمال ان السلطة كانت للاباء مدة ثم انقضت مدفوع باستصحاب بقائها .

وبهذا ظهر وجه النظرفي كلام جملة من الاعلام حول هذه الرواية مثل جعل ابن ادريس سبيل ذلك سبيل اللقطة، فبعد التعريف المشروع يملك المتصرف فجاز ان يبيع ماله فيها وهو التصرف دون الرقبة اذاكانت في الأرض المفتوحة عنوة، وجعل الفاضل المراد بالبيع فى الخبر بيع الاثار الموجودة من الابنية والسقوف لاحتمال كون الدار عارية، فما لذي اليد من الاثار يجوز له بيعها وجعل النافع الخبر منزلا على أرض عاطلة مملوكة أحياها غير المالك باذنه وتنزيل البيع على بيع الاثار، أوالصلح الذى يقع مثله على حق السكنى.

وحمل الجواهر قوله عليه السلام: [لااحب] على جواز بيع الرقبة ولكن مع الكراهة وأراد الراوى الاستيذان من الامام عليه السلام في البيع باعتبار كونه مجهول المالك فأجابه الامام بذلك لعدم اظهار الراوى الوصول الى حد اليأس بقوله: ولا أظن يجيئها احد .

ثم انه لو باع السكنى فجاء صاحبها كانت المعاملة فضولية ان اثبت كون السكنى قد انتهى وقتها، فان شاء أمضى المعاملة، وان شاء فسخها .

والظاهر انه بمجرد ادعائه ان الساكن لاحق له، وانه كان فى يده عارية أو اباحة أو اجارة انقضت مدتها أوماأشبه ذلك سمع كلامه، اذ لامنكر له، حيث ان المفروض ان الذى بيده لايعلم الخصوصيات فادعاء المالك حاله حال ادعاء ذى اليد، والله سبحانه العالم .

(مسألة -٨-)لااشكال ولا خلاف فى جواز الشرب والاستعمال واشراب الماشية من الانهر الكبار كفرات ودجلة ونحوهما، فان حالهما حال الصحارى والغابات، حيث انها مملوكة لله سبحانه ولكل أحد الانتفاع منها بدليل [لكم] و غيره ، كما انـه يجوز السكنى في اطرافـها ، و فى الجزر التي تظهر فى أوساطها

وكذلك الزرع والرعي وغير ذلك ، ولو سكن انسان هذه السنـة يسقط حقه بالنزوح فاذا سبقه انسان في السنة التالية صار حقه، ويحق للدولة الاسلامية تقسيم الماء من تلك الانهر الكبارعلى البلاد التي تدخلها شعب من تلك الانهر حسب الحاجة كتقسيم الفرات على حلة و كربلاء والمسيب مثلا.

وان ضاق عن الحـاجة ورد النقص على الجميع بالنسبة ، لا ان النقص يرد على الاسفل فقط اذ لادليل على ذلك بعد حقهم جميعاً على نحو التساوى ولوفاض الماء بحيث اضطرت الدولة الى التضحية باراضي قدمت الاقل ضرراً مثل املاك المزروعات في قبال البساتين، وهى في قبال الدور، لان الضرورات تقدر بقدرها، ولا يحق للدولة افساد الماء بصب النزيز فيه الا لدى الاضطرار كما يفعل ذلك أحياناً في طريق الحر عليه السلام، حيث ملتقى النزيز الدائر حول كربلاء المقدسة ونهر الحسينية

أما الانهر المملوكة الصغار ، فقد قال في القواعد: النهر المملوك الجارى من ماء مملوك بأن يشترك جماعة في استـنباط عين واجرائها ، فهو ملك لهم على حسب النـفقة والعمل ، ويجوز لكل أحد الشـرب من الماء المملوك فى الساقية والوضوء والغسل وغسل الثوب مالم يعلم كراهية المالك ولا يحرم على صاحبه المنع، ولا يجب عليه بذل الفاضل، ولا يحرم عليه البيع لكن يكره.

أقول : وقد نقل جواز الشرب ونحوه عن الدروس والحواشي والتحرير وجامع المقاصد، وذلك عملا بشاهد الحال.

قال في مفتاح الكرامة: وأما اذا طرء على شاهد الحال مايزيله، اولم يكن من أول الامر شاهد حال فيكفي في المنع الشك .

وعن الحواشي انه يتعدى الحكم الى البئر والكر وغير ذلك، وانه لا بأس بالماشية القليلة دون العشرة.

أقول: الميزان ماذكر من شاهد الحال مما يورث الاطمينان العرفي ، ثم انه اذا جاء صاحبه واظهر عدم الرضا كان اللازم ارضائه لان المستند لعدم الضمان قد سقط، فيشمله دليل على اليد.

(مسألة ـ ٩ ـ) قد ذكر المحقـق القمي [ره] في أحيـاء موات جامـع الشتات مسائل مفيدة نشير الى جملة منها، والى غيرها في ضمن فروع:

الاول: لو شك الوارث ان مورثه هل قصد الاحياء، أوقصد الاولوية أم لا ؟ فالظاهر العدم لانه شرط يشك في تحققه ، فاذا زرع مكاناً لم يعلم انـه زرعه متنزهاً، أومرعى لكل من استفاد، أو انه زرعه لنفسه حتى يكون ملكاً له ، أو أنه زرعه لابقصد الملك بل لان يتنزه هناك أيام الربيع فقط ثم يتركه كان الاصل عدم الملك وعدم الاولوية الا ان يكون هناك ظهور عرفي يدل عليه ، كما اذا كان أهل خير يزرع للرعاة وللمتنزهين بقصد الثواب دائماً، أوكان يزرع لنفسه دائماً فان مثل ذلك لايدع مجالا للاصل.

وكأنه الى هذا اشار المحقق القمي [ره] حيـث قدم الظاهر على الاصل في المقام بالنـظر الى العرف والعادة، وان كان في اطلاق جعله ملكاً للمورث بنفس قرينة الاحياء نظر .

ان قلت: اليد علامة الملك، والا فكل يد مسبوقة بالاصل المخالف .

قلت: ذلك فيما اذا كان ذو اليد يعامل معاملة الملك لامطلقاً، والا فلو كان زيد استـأجر داراً من عمرو ثم مات وشك في انه هل ملكها أم لا ؟ لا يحكم بان اليد علامة الملك، بل المحكم استصحاب الملكية السابقة.

ثم اذا علم الوارث انه قصد الاولوية، فالظاهر انه يرثه لاطلاق ما تركه الميت لوارثه ، والحق من صغرى ما ترك ، فاذا قبضه الوارث كان لهم على حصصهم من الارث والمرأة لا ترث من الارض ، ومثل حق الاولوية المتعلق بها، كما ان بعضهم لولم يرده رجع مباحاً بقدر حصة الرافض ، لا الى وارث آخر، ثم ان قصد الوارث الملك صارملكاً والابقي في الاولوية.

الثاني: لواجرى ماءاً في الصحراء الميتة لابقصد الزراعة بل بقصدمروره الى مزرعته لم يكن سبقاً بالنسبة الى تلك الصحراء أمااذا اجراه بقصدالزراعة فالظاهر انه سبق بالنسبة الى القدر الذي يمكن أحيائه بذلك الماء من تلك الصحراء.

وقال المحقق القمي [ره]: ان لم نقل انه احياء فلا أقل من كونه تحجيراً فلا يحق لغيره السبق الى ذلك القدر.

ثم انه لاشك في عدم كونه سبقاً بالنسبة الى القدر الزائد من امكان احياء ذاك النهر لتلك الصحراء.

أما بالنسبة الى القدر الممكن ، فان كان قصد المجرى أحياء القدر كان سبقاً وان كان قصده أحياء بعض القدر الممكن لم يكن سبقاً بالنسبة الى الزائد من المقصود .

ثم انه لوتردد المجرى في انه هل يجرى النهر الى مزرعته ، أوانه يحيى به الموات لم يكن سبقاً ، لانه لا قصد حينئذ ، وقد سبق ان القصد مقوم .

بقي شيء ، وهو انه قد يريد أحياء طرفي النهر ، وقد يريد أحياء طرف واحد عنه معيناً ، وقد يشك في انه هل يحيى هذا الطرف ، أو ذاك لاشك في حقه في الاولين .

أما الثالث : فهل هو سبق الى أحدهما المردد فلايحق لغيره السبق مادام لم يعين ، أوليس بسبق لانه لم يقصد المعين والمردد لاخارجية له؟ احتمالان ، وان كان الاقرب انه سبق لايحق لغيره احياء أيهما الابعده.

وكذا اذا تردد في انه هل يحيى طرفاً ؟ أونصف كل طرف ، وعليه فللذى يريد الاحياء ان يجبره على الاختيار ، فان لم يختر جاز للحاكم اعطاء طرف

الثاني للاصل بعد ان لم يكن للاول حق تعطيل الارض .

الثالث: لو كان امام دارالانسان شارع فاراد ان يشجر امام داره ، أويجعل عموداً ليبني فوقهبناءاً لايضرالمارة، الظاهر انه ليس له ذلك ، وان كانالشارع وسيعاً الا اذا عد ذلك فوقحق المارة بحيث لم يرالعرف انه أخذ من الشارع الا ان المحقق القمي [ره] أجاز ذلك اذا بقى بقدر سبع اذرع للشارع ولم يضر بالمارة .

وذلك للروايات الدالة على ان قدر الشارع سبع اذرع[1]، الاانا ذكرنا في حقالطريقانه لوكانالطريقكان حق المارة ، ولايدور الامرمدارالضرر والسبع ولذا نرى العرف يقولون انه أخذ من الطريق .

ولوشك في زيادة الطريق ـ مما استثنيناه ـ وعدمه فالاصل عدم الجواز.

الرابع: لوكانت قناة فيأرضفخربت وتركت فجاء انسانوأحيىالارض ولم يحيى القناة ، ثم جاء آخر وأراد ان يحيى القناة وكانت بعض فوهاتها في الأرض المحياةللسابق فهلله ان يحييتلك القناة بدونارضاء صاحبالارض المحياة ؟ الظاهر عدم حقه في ذلك ، لانالقناة لما ماتت سقط الاحياء والحق فلما أحيى الارض انسان صارت تلك الأرض المحياة ملكاً للمحيي ، فلايحق لانسان آخر ان يحيى القناة التي هي في الارض التي هي للمحيي .

وهذا هوالذينسبه المحقق القمي[ره] اليقواعد الفقهاء ، وظاهرالاخبار لكنه مع ذلك قال : التأمل الصادق والتعمق التمام يقتضيان يتمكـن المحيى من احياء القناة وعمدة استدلاله بأنالقناة، سواءكانت فيحال الحياة أو فيحال الممات لهاحريم فمحيى الارض لاحق له فيحريم القناة ولمحييالقناة الحق لان القناة الميتة للامام فهي كقناة ميتة لانسان .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٣٩ الباب ١١ من إحياء الموات ح ٥ .

وفيه : ان المُمات من القناة لاحريم لهاوبأى دليل ان لها حريماً ، فالمسألة كما اذا بنى انسان داراً حيث لها حريم ثم خربت افليس انسان آخر يحق له ان يحيى ذلك الحريم .

وهـل يقال : بأن الحريم للمحيي ، أو لمن يريد أحياء الدار مرة ثانية ؟ والوجه ان من سبق يصدق على من أحيى الارض وعرصة الحريم كعرصة الدار الخرابة فلا حق لانسان متأخر في أحياء القناة في أرض غيره ، أوطلب الحريم اذا أحيى عرصة الدار ، وكون القناة ملك الامام عليه السلام لايمنع بعد قوله عليه السلام من سبق وغيره .

ومن ذلك يظهر ، وجه النظر في كلام آخر له [ره] حيث انه في مسألة مالو كانت قناتان احداهما من المشرق الى المغرب ، والاخرى من الشمال الى الجنوب بتقاطع .

وقد كانت احداهما ميتة والاخرى محياة فأراد انسان ان يحيى تلك الميتة قال: له الحق في ذلك ، وان لم يرض صاحب القناة المحياة .

واستدل بان الموات للامام عليه السلام وله مرافق ، كما ان المحياة لها مرافق ، ولذا كان له ان يحيى مال الامام عليه السلام ، لان ملك الامام مثل ملك انسان آخر .

الخامس : لوقال انسان لاخر احفر نهراً ، أواستخرج قناة أو ما اشبه ذلك ولى ربعه مثلا في قبال اعطائى اياك ربع الاجرة فان قصد الحافر والمستخرج ان يكون ربع ما عمله له كان له سواء اعطاه المال أو لا ؟ لان الحيازة والسبق يشمل النيابة كما تقدم ، وقرره المحقق القمي [ره] هنا .

نعم ، اذا لم يعطه ماوعده له حق التقاص بأن يأخذ ماحفره واستخرجه

لنفسه في قبال مايطلبه من الامر ، ولافرق في تقاصه عن المحفور والمستخرج أوعن غيرهما لاطلاق أدلة التقاص، واذا أراد المقاص كان له بقدره الان ، لافي وقت الحفر والاستخراج .

مثلا : ما كان في وقت الحفر مأة والان عشرة فانه يأخذ الربع عن عشرة ويبقى على الامر تسعون، ولو انعكس كان على الحافر والمستخرج ان يرد عليه تسعين ويحتمل ان يكون للحافر والمستخرج عشر الربع قدر مايطلب وللامر تسعة اعشار الربع، حيث انه لايصح للامر ان يأخذ أكثر من قدر حقه الذى هو عشرة من المأة .

لكن لايخفى ان حق الامر فى التقاص انما يكون اذا لم يمكن اجباره بأخذه حقه ، أما اذا امكن ففى تساوى التقاص للاجبار ، أو تقديم الثانى على الاول ، احتمالان وقد ألمعنا الى المسألة فى شرح العروة .

هذا وهل للحافر بعد اباء الامر دفع ماله ــ أوما أشبه ابائه كسفره سفراً منقطعاً أو سجنه كذلك أوموته ، ولايستعد الوارث لاعطائه أوما أشبه ذلك ــ ان يفسخ العقد ، لانه اجير فهو مثل اباء المشترى من دفع الثمن حيث يفسخ البائع ، معيناً أومخيراً بين الفسخ والتقاص مثل خيار العيب الموجب للتخيير بين الفسخ والارش احتمالات، لايبعد عدم حقه فى الفسخ ، لان انتقال الملك اليه بعد كونه للامر خلاف الاصل ، ولا دليل خاص له فى المسألة .

هذا كله اذا حفر الحافر بقصد الامر وكالة أوجعالة أواجارة ، أما اذا حفر لنفسه ، وأراد ان يعطيه الربع مثلا بعد أخذ العوض عنه ، فهو مال الحافر .

ولذا قال المحقق القمي [ره] : اذا حفره بقصد ان يكون للامر ، حيث انه وكيل عنه صار ملك الامر والا كان للمحيي مع قصده تملكه ، ولو أراده الامر

كان عليه ان يعامل عليه معاملة جديدة مثل البيع والصلح ونحوهما .

ثم ان في الوكالة والجعالة والاجارة يلزم ان يكون كل من المال والعمل بحيث لايوجب الغرر فلولم يعلم الامركم يحفر الحافر من المساحة بطلت لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر(١) الظاهر في الوضع ،كما انه كذلك اذا لم يعلم الحافر كمية المال، كما اذا قال لي : ربع ماتحفر قبال ما في كيسي هذا ولايعلم الحافر كم في كيسه ؟

نعم ، اذا قال الامر احفرلي الربع ولك قيمته عرفاً ، فانه ليس بغرر من جهة المال ، وانكان ربما يعد غرراً من جهة الجهل ، فان الغرر أعم ،كما اذا قال: اشتريت منك هذا الكتاب بمايسوى، فقال : بعتك هكذا، فانه ليس بضرر وان كان غرراً للجهالة ، والله سبحانه العالم .

السادس : لو كانت لانسان أرض وفي وسطه نهرفوهب أوباع نهره بدون الحريم لانسان، أومع الحريم،كان كما نقل لقاعدة العقود تتبع القصود ، وأدلة حريم النهرلاتشمل المقام ، وكذلك بالنسبة الى ماله في الموات حريم كالبئر وغيرهما .

ولومات انتقلا الى الورثة فيشتركون في كل الارض ، وكل النهر بدون انيكون للنهرحريم للدليل المتقدم ، واذا باع النهرلانسان فاختلفا في انه شمل الحريم ،كما يدعيه المشتري أم لا كما يقوله البائع : كان القول قول البائع الااذا اقام المشتري البينة لاصل العدم .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ١٢ ـ وكنز العمال : ج ٢ ص ٢٢٩ ـ سنن البيهقي : ج ٧ ص ٣١٩ .

واذاباع الأرض فادعى انه استثنى حريم النهرلنفسه وانكره المشتري وقال انه لم يكن استثناء كان الاصل مع المشترى ، لان الارض تشمل الكل الا اذا أقام البائع البينة ، ولو كان لانسان نهر أوبئر في الموات وبعد بيعه ادعى انه استثنى لنفسه حريمه احتاج الـى البينة ، لان الحريم تابع مثل غلق الباب ، فالبيع يشمله الاذا استثناه فادعائه بحاجة الى الدليل ، ولو كان نهرالانسان في ملك الغير وصاحب النهر يدعي الحريم لانه يريد غرس الاشجار في الحريم ومالك الارض ينكر ذلك ، فالظاهر انه من التداعي ، لانه لم يعلم سبق هذا على هذا ، أوبالعكس .

ومنه يعلم ، وجه النظرفي قول المحقق القمي [ره] حيث قدم قول صاحب النهر مع اليمين .

ثم انه اذا ثبت ان الحريم لصاحب النهرلم يجزغرس الاشجار فيه مطلقاً، واذا ثبت انه لصاحب الارض لم يجزغرس الاشجارفيه اذا كان يسبب الغرس امتصاص جذوره من النهر بما يوجب الضرر والايوجب الضرر كان من قبيل الوضوء والغسل من ماء نهر الغير على ماتقدم ، اذلادليل على شمول الملكية لهذا الحد، كما اذا كان النهرطافحاً دائماً لا يظهرعليه أى أثرمن شرب الجذور وكذا اذا كان غرس الشجر بعيداً عن الحريم يوجب امتصاص الجذور مـن ماء النهرالموجب لتضرر صاحب النهر ، ولما ذكرناه في فرع عدم الضرر .

قال المحقق القمي [ره] لولم يضر بالنهر ، لامانع من الغرس في أرض نفسه ، وأطلق من غيرتفصيل بين الامتصاص وعدمه .

أقول : فان حال ذلك حال ما اذا امتص من حرارة الغير وبرودته ونوره مما ملاء بطاريته كان أدلة الملك لاتشمل مثل ذلك عرفاً الا اذا كان مضراً اوكان

كثيراً بحيث يعد عرفاً الدخول في ملكه ، فيشمله الابطيبة نفسه ونحوه ، وقد سبق الألماع الى مثل هذه المسألة ، والله سبحانه العالم .

السابع: لو كان نهر جارفي وسط الشارع وله حريم ، أي ليس محلا للمارة جاز للانسان أن يغرس في حريمه اشجاراً لنفسه للاصل ،حيث ليس حريماً لاحد ولاموجباً لتضييق الشارع ولايحق لغيره الاستفادة منها ثمراً أوعوداً أوما أشبه .

نعم ، اذا كان ضرراً على الطريق ونحو الضرر لايجوز ،كما انه اذا كان النهر لانسان وله حريمه لم يجز الابرضاه ،كما أفتى بذلك المحقق القمي [ره].

ولو كانت اشجار في الطريق على حافة النهر أوقرب الحيطان مجهول المالك ثم ضاق الطريق جاز قطعها لمصلحة توسعة الطريق ، كما تقدم الألماع اليه سابقاً .

نعم ، الاحوط ان يكون باجازة الحاكم الشرعى ويصرف فى مصرف مجهول المالك ، أمااذا كان لانسان كان اللازم اعطاء بيت المال بدله جمعاً بين الحقين ،كما تقدم فى مسألة تخريب البيوت المضيقة للطريق، وكذا حال النهر الجارى فى وسط الطريق أو حافته اذا سبب الضيق ، فانه اذا لم يعرف مالكه طم ، واذا عرف فان امكنه سده لبقاء المصلحة فيه وتوسعة الطريق عمل بذلك والا طم مع اعطاء البدل لصاحبه جمعاً بين الحقين.

الثامن: لو أحيى قطعة أرض في الصحراء بأن جعلها مسكناً لمواشيه ودوابه باعتبار ان العشب ينبت هناك فيستفيد منه في شعاع خاص، مثل مقدار فرسخ لقطيع عدده ألف، فالظاهر ان أحياء تلك القطعة يوجب الحريم له بالقدر المحتاج اليه، أما الزائد بان جعل الحمى أكثر من فرسخ كما قد يعتاد، فلايصح.

وبذلك أفتى المحقق القمي [ره] قال: ان المسكن للحيوانات يملك و

بتبعه يملك حريمه على الاظهر في تملك الحريم الى آخر كلامه .

وقد تقدم منا ترجيح ان الحريم يملك أيضاً، لكن ملكاً لاينافي مثل مرور القوافل وماأشبه على ماعرفت .

ثم ان قدر الحريم حسب العرف الذي يشخص الاحتياج ، ولوشك بين الازيد والانقص كان الاصل عدم القدر الزائد عن المتيـقن ، ولوأراد صاحب الاغنام ونحوها تهيئة العشب للشتاء أيضاً كان الحريم بقدر كفايتها في الفصلين.

أما لوأراد البيع لم يعد ذلك حريماً، بل كان من الحمى الممنوع شرعاًو مسائل النزاع بين السابقين وماأشبه يعلم مما سبق، ومن كتاب القضاء، كماان مياه تلك الصحارى تدخل في الحريم المذكور بقدر الاحتياج ، والله سبحانه العالم.

التاسع: لوورث القناة أوغيرها جماعة فاستولى عليها أحدهم بالقوة، أو بترك الاخرين من الورثة لها، وخربت فقال المتغلب أوالباقي لاجير عمرها و لك عشرة أو ربعها فعمرها ، فهل يكون له الربع المذكور أملا ؟ في المسألة صور:

الاولى: انيعرض الباقون عنها ولااشكال في ملكية الباقي اذا قصد التملك لما سبق من ان الاعراض مسقط للملك وقصد التملك مملك له فللاجير حسب المقرر اجرة أومشاعاً.

الثانية: ان يكون تغلباً من المتغلب واعطاه اجرة فلا ينبغي اشكال في ان القناة تبقى ملك الجميع، كما كانت الا ان من المحتمل انـه لوزادت القيمة اشتـرك بقدرها معهم ، كما تقدم في بعض المسائل السابقة، حيث ان للانسان عمله، فاذاكانت قيمة القناة عشرة فصارت عشرين بفعل الغاصب كانت له عشرة

منها بالاضافة الى ماكان له سابقاً منها، لكن ذلك اذا لم يجز الورثة المستأجر و الاكانت الاجرة عليهم بالنسبة.

الثالثة: ان يكون تغلباً وأعطاه بعض القناة بأن قال له: عمرها ولك ربعها فالربع المذكور يخرج من كيس المتغلب اذا كان له بقدر الربع أو اكثر و نوى ان الربع منه، أما اذا قصد انه من المجموع فالقدر الذي منه بالنسبة كان مقتضى الاجارة ، اماالقدر الزائد :

فربما يقال: انه عليه لانه أقرب الى المقرر من الاجرة الخارجية و الضمان دائماً يكون بالاقرب، ولذا يقدمون المثل في المثلي على القيمة، لانه المستفاد من دليل على اليد ماأخذت[1] وكذا اذا باع مناً من صبرة بالاشاعة وكان له من واحد، فانه يعطيه كل منه ـ ان لم يرض الشركاء، والاكان من جميع الصبرة ـ وذلك لان قدر حقه بالنسبة يصح فيه البيع والزائد أقرب الى ماباعه.

لكن لايخفى مافيه، اذ لما قصد كون اجرة المعمر من المجموع فقدعامل على مال نفسه ومال غيره ، وحيث تصح المعاملة على نفسه خرج بالنسبة من كيسه .

اما المعاملة على مال غيره ففضولية تتوقف على اجازة المالك ، وحيث لم يجز شركائه بطلت، وكان عليه تدارك المثل أوالقيمة لاتعاب المعمر انكان جاهلا والا فقد اهدر المعمر اتعابه، وكذا في بيع المن، ثم يأتي الكلام في تعمير القناة في ان للمعمر خيار تبعض الصفقة ، ـ اذا كان جاهلا ـ كما يأتي فيه، وفي المتغلب الشركة مع سائر الورثة في قدر زيادة القناة، لما ذكرناه

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الضمانات ـ وكنز العمال : ج ٥ ص ٢٥٧ .

غير مرة من ان السعي للساعي، سواء زاد المغصوب عيناً أو قيمة خلافاً للمشهور والمسألة مذكورة في جامع الشتات فراجعها، كما ان مسألة اشتراك الغاصب ونحوه مذكورة في الجواهر وغيره ، والله سبحانه العالم .

العاشر: لو كانت قناتان احديهما لها ملاك والاخرى منهدمة مجهولة المالك وجاء انسان عمرها فظهر في الاثناء ان الماء يجري من المنهدمة الى المعمرة ذات الاصحاب، فهل لهذا العامر ان يستولي على الماء أم لا ؟ وهل يملك هذا العامر نفس هذه القناة المجهولة المالك؟

الجواب: اما انه هل يملك، فالظاهر ان القناة ان عدت ميتة ملكها ، كما تقدم في مسائل القرية الخربة لانها بموتها عادت كما كانت، فيشملها من احيى ومن سبق وماأشبه.

وقدأفتى بذلك المحقق القمي [ره] وان لم تعد ميتة كانت من مجهول المالك المربوط بالحاكم الشرعي لاطلاق دليل مجهول المالك.

ثم انه ان عمر بعض ابارها استحق بعض الابار الاخر لصدق السبق ، فلا يحق لانسان آخر ان يستولي على الابار الاخر المخروبة بعد بحجة انها موات فللسابق، كما جعله المحقق القمي [ره] تحجيراً بالنسبة الى بقية الابار.

واما انه هل يكون له ذلك الماء الذي يجرى منها الى قناة اخرى محياة الظاهر العدم، لان صاحب القناة المحياة ذو يد على الماء واليد علامة الملك، فان القناة السابقة قد لم يكن لها ماء ثم جرى بعد خرابها ، وقد كان لها ماء في حال حياتها وانهدمت واعرض اصحابها عنها، وقد لم يعرضوا، لكننا لانعلم من هم لفرض جهالة المالك، (وعدم الموت الكامل المخرج لها عن الملك) .

فاذا كان الماء جديداً لم يملكه صاحب القناة الميت وانما جرى في القناة

المحياة فيكون ، كما لونبـع الماء فى بئره ، واذا كان الماء قديماً ، واعرض صاحب القناة الميتة خرج عن ملكه ، وحيث قصد صاحب المحياة ملكه، فلا حق في المحيى في هذا الماء.

وان كان الماء قديماً والقناة مجهولة المالك ـ ولم تمت بعد حتى تخرج عن الملك ـ كان الماء أيضاً مجهول المالك ، وكان لاحدهما صاحب المحياة جديداً، والمحياة ان يأخذه من الحاكم الشرعي .

وعليه، فاذا لم يعلم صاحب القناة المحياة جديداً، هل ان الماء يدخل في ملكه بالاذن، لانه من القسم الثالث أولا يدخل لانه أحد القسمين الاولين لم يحق له الاستيلاء عليه، ولو بالاذن من الحاكم.

ومنه يعلم، ان قول المحقق القمي [ره] بانه اذا كانت القناة ميتة فأحياها ملكها وملك مائها الذي يجري منها في القناة المحياة ـ بواسطة نقب بينهما ـ غير ظاهر الوجه، وان استدل له بالاستصحاب، حيث ان الماء كان من مرافق المهدومة، فيستصحب بقائه لها.

اذ يرد عليه أولا: ان الاستصحاب غير معلوم اليقين السابق ، حيث لا يقين ان الماء كان لها لاحتمال ان الماء جديد .

وثانياً: الماء ولو كان سابقاً، لكن بالموت للقناة صار للمستولي عليه وهو صاحب القناة المعمورة .

وثالثاً: احتمال بقاء الملك للماء لصاحب القناة المنهدمة، اذا لم تمت القناة كاملا، وكان صاحبها مجهولا لا يوجب عدم صحة استيلاء صاحب المعمورة، اذ مجرد الاحتمال لا يمنع اطلاق من سبق ونحوه ، بل أدلة تعمير القرية الخربة شاملة للمقام، حيث حكم الامام عليه السلام، بانها لمن عمرها، لا لمن ظهر بعد

ذلك انه كان صاحبها على ماتقدم في بعض المسائل السابقة .

الحادي عشر : لو كانت رحيان على نهر مملوك لصاحب أحداهما حق لصاحب النهر ان يغير نهره، وان سبب ذلك توقف رحى الاخر، لدليل السلطة [1]، ولو لم يكن النهر لاحدهما كالفرات مثلا .

لايحق لاحدهما تغيير النهر المسبب لتوقف رحى الاخر ، ولو كان لهما لاحق لاحدهما في تغييره الابا جازة شريكه .

وأما اذا لم يعلم حال النهر ـ كما في أولاد أصحاب الرحيين، حيث لايعلمون هل النهر لهما أو لاحدهما، أو مباح ـ فانه لايحق لاحدهما تغيير النهر بمايسبب توقف الرحى الثانية .

وقد أفتى ببعض ماذكرناه المحقق القمي [ره] ، الا انه قال : لو كان الماء لاحدهما، وانما اذن للثاني في نصب رحاه على النهر فأراد الاذن تغيير مائه ، ففي جواز تغيير نهره اشكال ، ومقتضى بعض الاحاديث الصحيحة ، ودليل لاضرر [2] انه لايحق لـه تغيير النهر ، وقد قال به بعض علمائنا وهـو أظهر وأحوط ـ انتهى .

أقول : أراد ببعض الروايات مارواه محمد بن الحسين ، وقدتقدم الكلام في الرواية، وعدم دلالتها على ماذكره .

نعم لوكان الاذن من قبيل الاذن في الشيء اذن في لوازمه لم يحق له ذلك

---

(١) بحار الأنوار : ج ٢ ص ٢٧٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٣ ـ ٤ ـ ٥ .

فهو مثل ان يأذن لـه في بناء داره على خشبته ، ثم يريد قلعها مما يوجب هدم داره .

ومنه يعرف حال، ماذا أراد صاحب النهر، أوالذي له رحى على نهر مباح نصب رحى اخرى ممايضر بالثانية، حيث يقل الماء فلايمكن تدويرها الا في بعض الاوقات، الى غيرذلك من صور المسألة .

الثاني عشر: لوكانت قناة مهدومة مجهولة المالك، لكنها لم تكن بحيث ماتت حتى يحق لكل أحد السبق اليها فجاء انسان وعمرها ، فجاء آخر وادعى انها له، فان قلنا في القرية الخربة انها لمن عمرها كانت القناة كذلك المناط، بل لايبعد ان كرى انهارها شامل للقناة أيضاً .

وأما اذالم نقل بذلك في القرية واثبت من ادعى القناة انهاله رجعت اليه، والظاهر اشتراك المحي لها فيها بقدر ارتفاع قيمتهابالاحياء لماسبق من ان لكل انسان ماسعى[1]، وان لم ترتفع القيمة فرضاً، وكان باذن الحاكم الشرعي كان له الاجرة على صاحب القناة، لدليل لايتوى[2] وغيره والحاكم ولي الغائب، وان لم يتمكن المدعي من اثبات انهاله وحلف المحيى بانه لايعلم انهاله بقيت في يد المحيى، اذلاوجه لحق المدعي، ولافرق في ذلك بين كون المحيى فحص عن مالكها قبل التعمير أم لا ؟

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلام المحقق القمي [ره] حيث قال: لوفحص المحيى وبعد اليأس عن صاحبها، عمرها لم يكن للمدعي حق، ولولم يفحص وعمرها كان له الحق لانه مدع مسلم ولامزاحم له، ولاوجه لمزاحمته المحيى له ، حيث انه احيى بدون الفحص .

---

(١) سورة النجم : الآية/٣٩ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٥ ح ٣ .

وفيه أولا : انه اذاكان الدليل ماذكره، أي فرق بين الفحص وعدمه .

وثانياً : أي دليل على ان المدعي لمجهول المالك يعطي بدون الاثبات، وقد ذكروا في باب اللقطة انها لاتدفع الا بالبينة كما فى الشرائع : وقال في النافع: لايكفى الوصف .

وفى الجواهر: لايكفي شهادة العدل لعدم كونه بينة بلاخلاف أجده فيه ، الى آخرماذكروه هناك مماله وحدة المناط أوالدليل مع المقام ، ولذا حملوا الامر في صحيح البزنطى على الاباحة ، لانه في مقام توهم الحظر ، قال عليه السلام : وان جائك طالب لاتهتمه رده عليه.(١) الى آخرماذكروه هناك .

كماانه قد ظهر مماتقدموجه فتوى المحقق المذكوربأنه لاشيء على المدعي بعد تسلمه القناة، وكأنه لاصالة عدم الضمان وفيه ماتقدم .

الثالث عشر : لاتدخل الجبال والتلال والاودية وماأشبه في حد حريم القرية والمزرعة اذالم يسبقوا اليها ولمتكن من شئونهم لعدم الدليل .

قال المحقق القمي [ره] : لوأحدث قناة في صحراء وأتى بالماء وزرع لاتكون الجبال والتلال والاودية الجارية في اطرافها حريماً لتلك المزرعة ، وان كان بعض تلك تكون حريماً اذا احدث قرية، فلايكون الحريم الذى للقرى حريماً للمزارع، وفي كلام العلامة فيالتذكرة اشارة الى ذلك ، كماانه موافق للاصل والقاعدة .

أقول: الفارق العرف ، حيث ان حريم القرية أوسع من حريم المزرعة عندهم، فيشمل من سبق الاول دون الثاني، وقدتقدم حديث حول الجبل الذي فى الحريم فراجعه .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ الباب ١٦ من أبواب نوادر الشهادات ح ٥ .

ثم انه لا اشكال في ان بناء القرية يوجب كون الحريم لها كالمرعى والمحتطب كما تقدم، أما اذا كان لانسان مرعى فبنى فيه قرية، أو كانت له ارض كذلك مملوكة فبنى فيها القرية وكان جانب منها محتطب أو مرعى .

فالظاهر انه كذلك ايضاً، اذ لا فرق في صدق الحريم بين بناء القرية في الموات أو المحياة ولا وجه ظاهر لتردد المحقق القمي [ره] في المبنية في ارض مملوكة من جهة عدم تملك القرية بالاحياء حتى يكون المحتطب، مثلا: حريماً وان اختار اخيرا ان لها الحريم ايضاً من جهة لزوم الضرر اذا لم نجعل لها حريماً .

اقول: بل يشمله من سبق ونحوه (1) ايضاً ، فانه قبل بناء القرية لم يصدق انه سبق، اما حين بنى صدق انه سبق، حاله حال ما اذا كانت له ارض بلا اشجار ، وحيث لم يكن الجارى فيها الى جانب آخر منها حقا له ، فاذا شجرها صار النهر بقدر اشجاره مما سبق اليه، والمعيار العرف، وهو الفارق بين عدم الصدق قبل، والصدق بعد .

ثم كلما كبرت القرية بالبناء حولها ، كبر الحريم لها ، لشمول دليل السبق وكلما صغرت صغر الحريم، لانه يسقط عن الحريم الى ان ينزح أهلها جميعاً وتخرب، حيث يسقط الحريم، فاذا بنيت في طرف آخر قرية اخرى صار الحريم لها ، فاذا جاء أصحاب الاول وبنوها جديداً او جاء من عمرها من جديد لم يكن لهم حريم، لان الحريم قد صار للاخرين، الا على مبني المحقق القمي [ره] كما تقدم في القناة .

---

(1) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

والظاهر ان الانسان الجديد والقديم في القرية، سواء في الحريم، أي لو بنيت عشرة دور كان حريمها المحتطب من فرسخ حولها .

ثم اذا بنيت عشرة دور اخرى حول تلك لم يكن حريم العشر الاول اقرب الى القرية من حريم العشر الاخر، اذ العرف يرى ان كليهما على حد سواء بالنسبة الى الحريم، هذا اذا لم ير العرف حق السبق بالنسبة الى السابقين ، والا كان الحريم لهم أقرب ، كما اذا كان للبيوت العشرة ألف غنم يرعونها في فرسخ حول القرية، فان العشر الجدد لاحق لهم في رعي اغنامهم في ذلك الفرسخ حتى يجبر السابقون في رعي أغنامهم أبعد .

ثم ان القرية هل يلاحظ في حريمها قدر حاجتها يوم بنائها أو يلاحظ حتى الحاجات المتجددة؟ الظاهر الثاني، لكن بقدر عرفي لا مطلق، مثلا : القرية في الحال بحاجة الى فرسخ وبعد شهرين تحتاج الى فرسخ ونصف ، حيث ان الجيران ينزحون اليها لحرب وماأشبه ، فان الحريم يكون فرسخاً ونصفاً من الاول، بخلاف مثل ما اذا كان بعد عشر سنوات تحتاج الى فرسخ ونصف لكثرة الاولاد والاحفاد لاهل القرية الى ذلك الوقت .

ولذا قال في جامع الشتات: المعيار في كل ذلك العرف والعادة، وليس في الاخبار وكلام الاصحاب ذكر لهذا الامر .

أقول: وانما كان المعيار العرف، لانه المعيار في صدق السبق، والعادة كاشفة عن نظر العرف .

ثم ان السبق لمـا كان لكل أهل القرية، فاذا ولدت لهم أولاد تضيق حق كل الاولاد، مثلا : كان عشرة أفراد ، حيث يكون لكل واحد منهم قدر ألف ذراع، فاذا ولد كل واحد منهم اثنين صار حق كل واحد خمسمأة .

نعم، لايبعد ان يكون الامر حسب الحاجة لاحسب العدد، مثلا : كان في نهر اسماك تصطاد منها كل يوم مأة من، وكان خمسون صياداً يعيشون على تلك الاسماك لكل واحد منهم كل يوم من، فاذا صاروا مـأة ، و كان لبعضهم ثلاثة أولاد، ولبعضهم ولدان، و لبعضهم ولد ، لم يكن التقسيم بينهم حسب الابـاء بل حسب الابناء ، أي يكون لكل واحد من، و هكذا بالنسبة الى المرعى فى اطراف القرية ، و قد ذكرنا في بعض المسـائل السابقة ان السبق محكوم بـ [لكم] .

بقي شيء ، وهو انه اذا استأجر بعض بيوت القرية مستأجر ، فان اطلق ، أو شرط ان يكون له حريم المالك كان له، ففي الشرط واضح، وفي الاطلاق لانه تبع فينصرف من الانطلاق ، وان شـرط عدم كون الحريم محل استفادة المستأجر لم يحق له .

و عليه ، فيصح للمالك ايجار الدار و الحريم معاً ، أو أحدهما ، واذا آجر الدار مطلقاً تبع في كون الحريم له أم لا ؟ فهم العرف من الاطلاق .

الرابع عشر : لو رأينـا بعض آثار القبور في الصحراء و لم يعلم انهـا لمسلم أو مسالم أو لا ؟ كان الاصل عدم احترامها اذا لم تكن الارض للاسلام وان كانت فى أرض الاسلام، فالارض توجب الاحترام .

ولو علمنا في أرض الاسلام انها لغير المسلم، لكن لم نعلم انه مسالم أم لا فالظاهر الاحترام حاله حال كافر نراه في أرض الاسلام، ولانعلم انه مسالم أم لا وذلك للاطلاقات الدالة على احترام الانسان، مثل سخر لكم (١) ولكل كبد حراء

---

(١) سورة النمل : الآية/١٢ .

أجر[1]، والناس اما أخ لك في الدين أو نظير لك في الخلق[2] الى غير ذلك بالاضافة الى السيرة المستمرة على احترام الكافر عرضاً و نفساً و مالا ، ما لم يعلم بانه حربي .

فلا يقال : الاصل عدم كونه مسالماً، لان الذمة عارضة ، فاذا لم يعلم بها كان الاصل عدمها .

وأما وجه احترام قبر الكافر المسالم، فهو من جهة احترامه حياً بالملازمة ومن جهة انه سبق محترم لشمول أدلة من سبق له ، حيث ان الذين دفنوه كان لهم الحق في السبق .

نعم، الظاهر انه لو كان الكافر المسالم لايرى حرمة لقبره أو لميته لم يكن له احترام، لقاعدة الالزام فيجوز السبق الى مقابرهم ، واخراج ابدانهم الى اماكن اخر .

ولذا افتى المحقق القمي [ره]: بجواز أحياء مثل هذه الارض بنية التملك فيما اذا كانت الارض مجهولة المالك ، و كانت مسكناً للكفار غير اهل الذمة مما لايحتمل ان تكون مقابر للمسلمين ، واذا لم تكن مواتاً ، قال : يتصرف فيها، ويعطي قيمتها بعنوان مجهول المالك، ثم قال: والأفضل في صورة التصرف ان تدفن عظامه في ذلك المكان .

الخامس عشر : لايحق لانسان له داران طرفي الشارع العام ان يحدث نهراً في وسط الشارع أو حافته أو يحدث نهراً من دار له الى دار اخرى، لانه

---

(١) الكافي : ج ٤ ص ٥٨ ـ الجامع الصغير : ج ٢ ص ٦٦ .

(٢) نهج البلاغة : الخطبة ٥٣ .

مزاحم للطـريق ، بل قد تقدم في بحث الطريق عدم الجواز ، و ان لم يكن مزاحماً .

نعم، اذا كان الطريق واسعاً جداً مما لاينافي ذلك كونه طريقاً جاز في النهر الطولى، لامن داره الى داره الاخرى، وكذا الحال فى الفلكات العمومية منعاً وجوازاً .

نعم، يحق له جعل نقب من دار الى دار مع سقف محكم لايضر بالمارة كمـا افتى بذلك المحقق القمى [ره] و نقله عن التذكرة ممـا ظـاهره عدم الخلاف فيه ، ثم نقل عنه عدم جواز مثل ذلك فى الطريق الخاص وأيده.

أقول : اذا لم يعد ذلك من حريم الدور و لم يصدق السبق من أصحابهـا الى ما تحت الطريق لم يكن دليل على المنع .

ومما تقدم ظهر حال ما اذا أحدث النهر فى الشارع، ولكن غطاه بما لايظهر اوبما يظهر لقضبان الحديد ، ولو أحدث انسان ذلك الممنوع كان لكل أحد طمه واذا سقط فيه انسان أو دابة أو تلف منه شيء كان ضامناً ان كان السبب اقوى من المباشر كما ذكروا فى البئر التى يسقط فيها انسان، ولو كان الطريق خاصاً ثم تبدل عاماً بخراب بيت فى آخره مثلا : مما أو صله الى شارع آخر تبدل الحكم والعكس بالعكس .

السادس عشر : اذا احدث انسان في الموات بستاناً وكان هناك قناة ولم يمنع صاحب القناة عن ذلك ، وان اضر البستان بقناته من جهة ان ماء البستان يؤثر في استحكام القناة ثم مات ، ومنع عن ذلك وارثه حق له المنع، اذ رضا المورث لايجعل ذلك حقا للضار ، كما انه كذلك في كل مورث يرضى بالضرر من جاره ثم يأتي الوارث ويمنع ذلك .

نعم ، اذا أعطى المورث الحق لصاحب القناه لم يكن للوارث المنع ، كمافي كل تنازل من المورث عن حقه، كمااذاسمح صاحب الطريق الخاص بان يرفع فوق طريقه سقيفة ، أو يجعل في حافة طريقه دكة أوماأشبه ذلك .

ولو لم يعلم هل ان المورث كان راضياً فقط ؟ أو وهب كان الاصل عدم الهبة ، ولذا قال المحقق القمي [ره] : سكوت المورث من الدعوى على الضار ليس منشاء بطلان دعوى الوارث .

ومنه يعلم ان سكوت صاحب القناة ونحوه مدة لايبطل دعواه بعدذلك ان ادعى ، بل الظاهر ان له الحق في ادعاء ماتضرر به سابقاً ، اذ السكوت مدة عن الحق لايسقط الحق ، ولوادعى صاحب البستان انه اذن له فلاحق له في المنع احتاج الى الاثبات .

السابع عشر : لو استخرج انسان ماءاً في الشارع العام ، لايملك الماء ، كما افتى بذلك المحقق القمي [ره] وذلك لان المنصرف من [من سبق][1] مالم يكن ملك الغير ولاممنوعاً السبق، فحاله حال ماإذا استخرج ماءاً في المسجد أو دار الغير فربح الماء يصرف في احتياجات الشارع والمسجد ونحوهما ، كما افتى بذلك المحقق المزبور ، بل أضاف صرفه في الربط والمساجد وغيرهما .

لكن ربما يقال : ان نبع العين في دار الغير مماأوجب زيادة القيمة للدار يوجب حق المستخرج ، لانه مثل خياطة الثوب يشمله ان لكل انسان سعيه ، كما في الاية والرواية ، ولادليل يقف أمام ذلك الاماذكروه في كتاب الغصب

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

من عدم الخلاف في عدم ملك الغاصب .

وفيه : انه لايصلح دليلا ويؤيده انه لوأوجب نقص القيمة كان ضامناً ، ومن عليه الغرم كان له الغنم .

أما نبع العين في المسجد والشارع، فالدليل على كون الماء لهما هو التبعية العرفية ، كما ذكرناه في توابع المفتوحة عنوة ، وان كانت المسألة بحاجة الى التأمل ، حيث ان قاعدة ان العمل للعامل المستفادة من قوله سبحانه : «وان ليس للانسان الا ما سعى» وغيره تعطي ان ذلك للمستخرج مع مراعاة حق المسجد والشارع أيضاً جمعاً بين الحقين .

الثامن عشر: لوان أحد الشركاء لم يستعد لتعمير الشيء المشترك المحتاج الى التعمير ، فالظاهر ان باقي الشركاء لهم جبره على ذلك بواسطة الحاكم دفعاً للضرر الوارد عليهم ، فان امكن أخذ قدر حقه منه ولو جبراً أخذوا منه والاجاز لهم استيفائه من المعمر تقاصاً ، فان امكن من ايجاره، فهو والا أخذوا من العين فاذا كان شريكاً في الربع وكانت حصته من التعمير بقدر الثمن صار شريكاً بقدر الثمن بعد أخذهم الثمن تقاصاً كل ذلك على القواعد .

أما في ما اذا حجر جماعة ولم يرد أحدهم التعمير، فان قلنا بان التحجير أيضاً يوجب الملك، كما سبق فكالفرع المذكور وان قلنا: انه لايوجب الملك اجبره الحاكم على الترك والتخلي أوالتعمير كما سبق في مسألة من حجر و لم يعمر .

وبذلك أفتى المحقق القمي [ره] و فرق بينه وبين الملك بأن المالك، حيث يملك له حق في ابقاء ملكه خراباً بخلاف المقام.

ولكن لا يخفى انه قال : لا حق للملاك في جبر شريكهم بالتعمير ، وقد

عرفت ان لهم الجبر للدليل المتقدم ، ولو اختلف الشركاء فى كيفية التعمير أو المحجرين، مثلا: أراد أحدهم ان يعمره دكاناً والاخر داراً ، فان أمكن القسمة قسم حتى يتسلط كل واحد على ماله بمقتضى الناس مسلطون[1] وان لم يمكن.

فالظاهر ان الحاكم يجبرهم، أما على بيع بعضهم لبعض أو لاجنبي أو القرعة لانها لكل أمر مشكل[2] والاجبار على البيع ونحوه مقدم على القرعة لان الاول اخراج لاحدهم عن ملكه بخلاف القرعة ، حيث انها توجب الاجبار على كيفية العمل فى ملكه.

التاسع عشر: لو اراد انسان زرع أشجار واراد آخر مد نهر و كان الزرع يشرب من الماء، فاذا تقدم أحدهم كان الحق له، ولا يحق للاخر منعه كان يمنع الذي يريد مد النهر زرع الاشجار ولو تقارنا في العمل حق بعد ذلك لصاحب النهر ان يجبر صاحب الشجر على منع جذور شجره من الشرب من ماء نهره أو اعطائه البدل، لان صاحب الشجر لو كان سابقاً لم يحق له التصرف فى مال اللاحق فكيف بما اذا كان لاحقاً أو مقارناً، ولا حق لصاحب النهر في منع صاحب الشجر، حيث ان صاحب الشجر يريد الزرع في غير حريم النهر فرضاً، ولو كان مريد الزرع يريد زرع الشجر في حريم النهر المقطوع بانه حريمه لم يحق له ذلك اذا لم يرض صاحب النهر.

بل وكذا اذا لم يقطع بانه حريمه بأن شك في الحريم، ويتصور ذلك بأن شك هل أراد صاحب النهر الحريم أم لا ؟ اذ لو أن الانسان شق النهر وأراد الحريم، أو شقه ولم يتصور حول الحريم انه يريده أم لا؟ ملك الحريم.

---

(١) بحار الأنوار : ص ٢٧٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ .

أما اذا شقه وقصد انه لايريد الحريم لم يكن له حريم، وذلك لانالملك تابع للقصد، وحيث لميقصد الملك، بل قصد خلافه لميملك، وانما نقول بانا لوشككنا في أرادة من شق النهر الحريم كان الاصل عدم جواز التصرف فيه، لان الحريم تابع ، الا اذا قصد عدمه حاله حال غلق الباب وشبهه مما ذكروا انه تابع للمبيع.

ولذاقال المحقق القمي [ره] لوكان الحريم مسلمالثبوت لميحق لصاحب الارض التصرف فيذلك ولو تنازعا ولابينةكان المقدمقولذي الحريممعاليمين.

أقول: ذلك لان الحريم الاصل فينافيه مدع يحتاج الى البيـنة واذ لا بينة كان عليه اليمين.

العشرون: لوشرعانسان في حفر بئر لاجل صنع القناة ان خرج منهاالماء وأحي الارض كان الحفر تحجيراً لذلك الارضلصدق من سبق فلا يحقلغيره حجر تلك الارض، كما أفتى بذلك المحقق القمي [ره].

نعم، ينبغي استثناء مااذا لم يخرج الماء، فانه يكشف عن ان تحجيرالثاني للارض كان صحيحاً ، اذ الاحكام دائرة مدار الموضوعات الحقيقية لاالخيالية فان عدم نبع الماء يكشفعن عدم مايفيد الحجر ، ولافرق بين ان يكون قصد الحافر ـ فيما لم يظهر الماء ـ حفر بئر اخرى أم لا ؟ اذ قبل الحفر للاخرى لايكون تحجيراً، فان مجردالقصد لايوجب صدق السبق.

و لوشرع في حفر بئـر فجاء آخر وحجر الارض لم يكن للثانـي حق السبق، حيث شمل من سبق الاول كما هو واضح.

وافتى به المحقق المذكور، وهل شق النهر بقصد جريان السيـل فيه في

الربيع تحجير؟ الظاهر ذلك اذاكان يجرى السيل، اما اذا كان لايجري واقعاً لم‌يكن تحجيراً.

نعم ، انما يكون لـه الحق في تلك الصحاري التي تروى بالنـهر في أيام السيل، أما فى سائر الايام، حيث لاشأن له فيها فليـس بسبق ، فاذا أراد أحد الزراعة فيها حق له ذلك، وقد سبق امكان ان يكون الحق لاحد في وقت دون وقت، مثل أمام المسجد والمدرس فيه والبائع في مكان من الشارع ونحوهم، حيث يحق لغيرهم الامامة فى غير أول الوقت والتـدريس كذلك والجلوس ليلا وماأشبه ذلك .

نعم، اذاكان اللازم لحسن‌الزراعة في أوقات السيل بقاء الارض‌فارغة‌في غير وقت السيل،كان اللازم ان تبقى فارغة فلاحق لغير شاق النهرالزراعة في غير وقت السيل.

الواحد والعشرون: لوكان السيل يأتي كل عام فشق جماعة انهر في‌مسير السيل ليستفيدوا منه في زرع الاراضي كان ذلك سبقاً الى السيل ، والى تلك الاراضي فاذا لم يزد ماء السيل عن انهرهم لايحق لغيرهم شق نهر جديد قبل انهرهم، أوفي خلالها حتى يشح الماء بالنسبة اليهم أويقل، ولوفعل ذلك‌كان لهم منعه عن جريان السيل في نهره ولوأخذ الماءكان ضامناً .

نعم، لوكان السيل زائداً عن قدر حاجتهم كان له ذلك بشرط ان‌لايسبقهم في أخذ الماء الابرضاهم لانهم هم السابقون، واذاكان ماء السيـل كثيراً يفي بهم وبه لكن كانت الاراضى محدودة، حيث لاموقع لزرعه لم‌يحق له الزرع لسبقهم الى تلك الاراضي، فلو زرع كان الزرع مشتـركاً بينه وبين من زرع

في ارضه لما ذكرناه في [كتاب المزارعة] وغيرها من ان الزرع نتيجة الارض والبذر، فهو مشترك بينهما بنسبة تعينه أهل الخبرة.

أما ان الزرع للزارع، ولو كان غاصباً[1] فلم يقم عليه دليل، وان اختاره المشهور ومثل السيل في الفرع المذكور فائض ماء النهر كدجلة والفرات والامطار الغزيرة وما أشبه لوحدة الدليل في الجميع ولو كان يفيض ماء النهر ونحوه كل عام مما يورث اضراراً، أو ينتفع منه أصحاب أرامن بالزرع حق للدولة الاسلامية جعل السدود ونحوها امام الماء درءاً للضرر، ولو امكن الجمع بين الحقين كان مقدماً حيث يحفظ بذلك سبق أصحاب تلك الاراضي .

الثاني والعشرون: لو حفرت الدولة، أو بعض الخيرين نهراً حول المدينة لئلا تتضرر بالسيل في الربيع بدون قصد تملك الماء كان الماء مباحاً على أصله فمن سبق اليه كان له .

والظاهر انه يحق للدولة الاسلامية أخذ البدل عن الماء اذا كانت الدولة بحاجة الى المال، بل الظاهر ثبوت حق المفرد الذي يحفر النهر في أخذ المال مما يريده اذا كان بقدر عادل بدون اجحاف، لانه قد سبق الى ذلك الماء بحفره النهر والله سبحانه العالم .

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١ .

تتمة

في الكلام حول المدارس والمساجد والحسينيات وما اشبه من الموقوفات.

لو ملاء ابريق المسجد أو نحوه ماءاً ليذهب به الى الكنيف، أو يتوضأ فأخذه غيره وذهب به، فان كان عالماً فعل حراماً وبطل وضوئه، لانه سا ق الى ذلك الماء والى الابريق، فهو حقه، وان لم يعلم لم تكن حرمة ولا بطلان كما ذكروا في باب الصلاة والوضوء في الغصب وبالغصب .

نعم، الظاهر ضمانه لحق السابق اذا كان للماء قيمة مثلا لم يكن بعد ذلك ماء مما أوجب القيمة، اذ قد يكون للماء قيمة ، وقد لا يكون كالماء في الصحراء والماء على النهر، ولو جعل في مكان حذائه وكان المكان غير مناسب للحذاء مما كان خلاف الوقف كان جعله في حرم الحسين عليه السلام مكان صلاة الناس، أو في المتربة حق لمن رأى ازاحته عن ذلك المكان .

ولو تلف بدون عمد من المزيح لم يضمن، لانه محسن ودافع للمنكر فاجازة الشارع يستفاد منها عدم الضمان في أمثال المقام، وان لم يكن تلازم بين الامرين كما في أكل المخمصة، حيث ان الاجازة لا تلازم البرائة، ومثل ذلك ما اذا فرش فراشه في الشارع، فان المارة لا يضمنون تلفه، لانه هو الذي اذهب احترام مال

نفسه فأدلة اليد منصرفة عن مثله .

أما لو أخذ الحذاء من مكان لائق به وجعله في مكان آخر كان ضامناً تلفه لدليل على اليد .

نعم، ان سرق كان قرار الضمان على السارق، وان حق للمالك الرجوع الى أيهما شاء لما ذكروه في كتاب الغصب .

ولو لبس انسان حذاء انسان حق لصاحب الحذاء ان يلبس حذاء اللابس عمداً او اشتباهاً الى ان يحصل حذائه لبدل الحيلولة، حيث ان اللابس قد قطع سلطة المالك على حذائه فله قطع سلطة اللابس على حذائه الى حين حصوله على حذائه كما ذكروا في مسألة بدل الحيلولة، ولاينبغي الاشكال في ذلك مع التساوى، أو كون حذاء المشتبه ادون، اما العكس فاللازم رضاية المشتبه بقدر الزيادة ، مثلا كان حذاء المشتبه ايجاره خمسة وحذاء المالك ايجاره ثلاثة ، فان للملابس اثنين على المتقاص .

أما اذا رأى حذاءاً مكان حذائه ولم يعلم هل انه حـذاء المشتبه اوغيـره ، حيث لايعلم بالتقاص، فالظاهر جواز لبسه له، لانه اما حذاء المشتبه اوحذاء غيره جاز اللبس، لانه اما تقاص مباشر او تقاص بدور كان لبس زيد حذاء عمرو ، وعمرو حذاء بكر، فبكر يلبس حذاء زيد، ويكون تهاتران ــ ان صح التعبير ــ ولو اخذ بعض المصلين مكاناً في المسجد لملابسه ، فان كان في المسجد مكان آخر للمصلي لم يحق له ان يزحزح ملابسه لدليل السبق، واذا لم يكن حق له الازاحة ولم يكن ضامناً، لما تقدم في الحذاء .

نعم ، الحكم كذلك اذا اخذ لملابسه مكاناً في الصف الاول مثلا ، حيث اوجب الفرجة في الصف ، ولو اخذ تربة غيره ، فان كان عالماً بطلت صلاته ، وان كانت ترب موجودة حيث انـه غصب حق الاولوية بالسبق والاصحت ،

ولابدل على المشتبه ان لم يكن لـه بدل عرفاً ، والا كان عليـه البدل لدليل لايتوى .

ولووقف انسان المدرسة مطلقاً، او بشرط صحيح شرعاً ـ وان كان شرطاً فيه حزازة مثل ان لايقرر فيها الاالادبيات لاالفقه والعقائد مثلا ـ لم يكن به بأس لان الوقوف على ماوقفها اهلها، والفرض عدم المنع الشرعى عن الشرط .

امااذا وقفها على ان لايتلوا الطلاب فيها القرآن، اوان يسكن فيها طلاب الكفار ممافيه تقوية للكفر، فان كان على نحو تعدد المطلوب بطل الشرط، وثبت اصل الوقف، وان كان على نحو وحدة المطلوب مصباً كان، اوقيداً بطل الوقف لان الشارع لم يمض ، مثل هذا الوقف .

ولوجعل الواقف متولياً للمدرسة وغيرها كان كما جعل الا اذا كان محذر مثل جعل الكافر متولياً على المسجد، او مدرسة الطلاب المسلمين ، حيث انه تسليط للكافر على المؤمن « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»[1] فيصح اصل الوقف وتبطل التولية ويكون كما اذا لم يعين المتولي، حيث ان جعل التولية على نحو تعدد المطلوب غالباً ، لاوحدته ، ولولم يجعل متولياً ، فهل المتولي نفسه اوالطلاب اوالحاكم؟ احتمالات :

الاول : لانه نوع علاقة لم يقطعها الواقف عـن نفسه بعد ان قطع علاقة الملك فلاملك ، لكنه يبقى التصرف فى الشئون فى اطار الوقف .

والثاني : لانه لازم حقهم فحقهم فى المدرسة يمنحهم التصرف فيها حسب الصلاح .

---

(١) سورة النساء : الآية/١٤ .

والثالث : لانه ولى من لاولى له وولى مالا ولى له لاطلاق أدلة الحكومة والظاهر الثالث ـ وان كان احتمال اشتراك الثلاثة على مااحتمله الشيخ المرتضى [ره] فى المكاسب ـ اذ الوقف قطع للملك ، ولادليل على بقاء علاقة بعد القطع وحقهم في السكنى وماأشبه ، لافى التصرف فى شئون المدرسة ، كما ان حقهم فى الصلاة ونحوها ، لافى التصرف فى شئون المسجد ، فلم يبق الاالحاكم ، حيث تحتاج المدرسة ، أوالمسجد الى مراعاة الشئون .

وكذا الحال اذاعين الواقف متولياً فانقطع ، سواء انقطع نهاية ، كما اذا جعل المتولى ولده فمات أولمدة كما اذاجعل المتولى وكيل المرجع فى القرية فلم يكن له وكيل مدة من الزمان .

ثم ان للمتولى الحق فى التصرف فى المدرسة ونحوها بشرائط الاسلام، وارتكاز الواقف والمصلحة ، فاذا لم يكن شرط الاسلام ، مثل ان يسكن الكافر المدرسة [حيث لايحق له ذلك ، وان لم يكن ارتكاز الواقف على خلافه] أو ارتكاز الواقف ، مثل ان يسكن طلاب الطب والهندسة المدرسة، حيث لايحق له ذلك وان لم يكن خلاف الاسلام اذ الاسلام يرى كل ذلك علماً .

لكن ارتكاز من وقف المدرسة فى (قم) للطلاب مثلا، ان الساكن يلزم ان يكون طالباً للعلوم الدينية ، أوالمصلحة ، مثل اسكان طالبين فى غرفة مع خوف انحراف الاخلاق وحيث لايحق له ذلك وان لم يكن خلاف ارتكاز الواقف لان وقفه مطلق، ولاخلاف شرط الاسلام حيث ان الاصل فيه حمل فعل المسلم على الصحيح قال عليه السلام : ضع أمر أخيك على أحسنه.[1] وقال سبحانه : «اجتنبوا

---

(١) الوسائل : ج ٨ ص ٦١٤ الباب ١٦ من أبواب العشرة ح ٣ .

كثيراً من الظن»[1] لم يحق للمتولى التصرف .

ولايخفى،امكان‌ارجاع الجميع الى‌شرط الاسلام ،كامكان ارجاع‌المصلحة الى‌شرط الواقف ، وكيف‌كان ، فاذا فعل المتولى خلاف موازين التولية‌كان ضامناً اذا سبب‌عطباً ،كما انه‌حرام اذا فعله عالماً عامداً كأن‌اسكن فى‌المدرسة فوق طاقتها فانهدمت ، حيث يجب عليه تعميرها نعم قرار الضمان على مباشر الهدم اذا لم يكن مغروراً ونحوه .

ثم ان المتولي اذا اباح السكنى لمن يفتقد شرط الاسلام، أو الواقف،أو منع من يوجد فيه الشرطان ، فهل يجوز للاول ، أو الثاني السكنى ؟ تفصيل الكلام فيه ان الفاقد للشرط لايجوز له السكنى ـ اذا علم انه فاقد، و ان زعم المتولي وجدانه ، بله ما اذا علم عدم وجدانه ، و انما يأذن له عصياناً ـ مثل مـا اذا وقف لمن يطلب العلم فعلا ، فيبيح من لايطلب فعلا ، أو ليس بطالب أصلا .

أمـا الواجد للشرط الذي لايأذن له المتولي في السكنى فلا حق له ، لانه متولي له التصرف، الا اذا كان من قبيل اختلاف الوصف والاشارة كما لو كان المتولي أراداسكان‌طلاب‌الفقه وزعم‌ان زيداًلايطلب‌فقال: ياطلاب‌الفقه اسكنوا الغرف، ويا زيد لاتسكن، فان رضاه باطناًكاف وان كانت اشارته على العدم .

كما اذا قال زيد لعمرو : لاتدخل داري بزعم انه عدو ، و عمرو يعلم انه صديق ارتكاز زيد دخوله، فانه يحق له الدخول لوجود طيبة نفسه، وقد دخل علي عليه السلام‌دار أم هاني مع منعها له بزعم‌انه ليس بعلى عليه السلام‌ـ كما في قصة فتح مكة ـ فتأمل .

---

(١) سورة الحجرات : الآية/١٣ .

نعم، في باب العقود، حيث لايوقع العقد من زعم عدم توفر الشرط لاينعقد عقداً فلا اعتبار بالارتكاز ، فالفارق بين الامرين، ان الاذن حاصل بالارتكاز ، و ان قال : لاأرضى ان تدخل داري ، و العقد غير حاصل ، لان الكلام لم يجر حسب الارتكاز ، بل حسب الموضوع الذي تصوره، فيشمله انما يحلل الكلام ويحرم الكلام .

أما الطالب في المدرسة فيحق له التغيير غير الضار مثل نصب رف، أودق مسمار لاجل ستر أو ما أشبه مما تعارف ، بل يجوز الضار اذا اصلحه فيما تعارف ، كما اذا هدم حائطه ليبنيه أحسن ، فان ارتكاز الواقف كاف في مثل ذلك .

أما الضار من غير اصلاح أو مالايشمله ارتكاز الواقف ، و ان أصلحه فلا يجوز ، ولو فعل سواء في الوصف المجرد ، كما اذا وسخ الحيطان توسيخاً غير متعارف ، مثل اشعال النار ذات الدخان الموجب لاسوداد الحائط الابيض أو في الذات و الوصف و جب عليه ارجاعه كما كان ، أما الذات فواضح .

وأما الوصف فلانه مضمون، حيث دليل على اليد ، ولايتوى وعلى حسب ما وقفها أهلها وغير ذلك في كل مكان الاباب وصف مثل الذهب، حيث اختلفوا في من كسر الحلى ، هل يضمن ذاته ووصفه ، لانه اتلف الوصف أيضاً ، أو لايضمن الوصف للزومه الربا ، فاذا كان مثقال من الذهب عمل سواراً باجرة مثقال فاتلفه متلف ، هل يرد على المالك مثقالا أو مثقالين ؟ الاول حتى لايلزم الربا، والثانى لانه لاربا .

بل مثقال في قبال مثقال ، ومثقال آخر في قبال الوصف، وقد اخترنا هذا

القول لما ذكر ، ومحل الكلام في كتاب الغصب .

ولو أخذ طالب غرفة طالب آخر فعل حراماً ، والظاهر الضمان، لانهحق فلا يتوى ، كما ذكرنا مثل ذلك في بعض المسائل السابقة .

و لو أخذها زيد فسلمها الى ثالث ضمنـاً ، و ان كان قرار الضمان على الثالث الا اذا كان مغروراً ، وان كان في مسألة الضمان تأمل .

ولايحق للمتولي أخذ الاجرة ، لانه خلاف الوقف الامع الاضطرار كما اذا احتاجت المدرسة الى التعمير ولانفقة حيث لاينافي الاخذ ارتكازالواقف بل ذكر العروة المزارعة على أرض المسجد لدى الاضطرار ، ومحل الكلام كتاب الوقف ، والله سبحانه العالم .

سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين .

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

خاتمة

نذكر في المقام بعض الروايات والاقوال الواردة من طرق العامة لتوضيح مواضع الخلاف والوفاق ، والله المستعان .

قال الحسن بن صالح: وأما ماهرب أهله وتركوه من غير قتال فهذا كان لرسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب، فكان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] يضعه حيث يرى.[1]

فان الارضين الى الامام، ان رأى أن يخمسها ويقسم أربعة أخماسها للذين ظهروا عليها فعل ذلك، وان رأى ان يدعها فيئاً للمسلمين على حالها أبداً فعل، بعد ان يشاور في ذلك ويجتهد رأيه، لان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] قد وقف بعض ماظهر عليه من الارضين فلم يقسمها، وقد قسم بعض ما ظهر عليه.[2]

عن محمد بن اسحاق، قال: سألت ابن شهاب عن خيبر، فاخبرني انه بلغه ان رسول الله [صلى الله عليه وآله و سلم] افتتح خيبر عنوة بعد القتال، وكانت خيبر مما افاء الله على رسوله، فخمسها رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] وقسمها بين المسلمين ونزل من نزل من أهل خيبر على الجلاء فدعاهم رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] الى معاملة الارض.[3]

قال حسن بن صالح: من أسلم من بني تغلب فأرضه أرض عشر، لان الذى

(١) كتاب الخراج: ص ١٧ باب الغنيمة والفيء ح ٢.

(٢) كتاب الخراج: ص ١٨ باب الغنيمة والفيء ح ٩.

(٣) كتاب الخراج: ص ٢٠ باب الغنيمة والفيء ح ١٨.

على ارضه ليس بخراج ، وليـس عليهم الجزية، وكل ارض كانت للعرب ـ الذين لاتقبل منهم الجزية ولايقبل منهم الا الاسلام اوالقتل ـ فأن ارضهم أرض عشر ، وكذلك صنع رسول الله [صلى الله عليـه وآله وسلم] بكل أرض ظهر عليها من أرض العرب ، فانه لم يضع عليـها الخراج ، ولكنها صارت ارض عشر.[١]

قال يحيى: وقد سبى علي [عليـه السلام] ذراري أهل الردة من بني ناجية وقد حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حين نقضوا العهد ان يقتل مقاتلتهم وأن يسبى ذراريهم فقال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم]: «اصبت فيهم حكم الله عزوجل».[٢]

قال: حدثنا حسيـن بن زيد، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه، عن علي بن الحسين [عليهم السلام] قال: ليس في العسل زكاة.[٣]

وقـال كذلـك الاجام لم نسمـع أنه وضـع عليها شيء، إلا حـديثاً واحـداً عن علي [عليه السلام] : انه وضع على اجمة برس أربعة آلاف درهم كـل سنة، وكتب لهم بـذلك كتاباً في قطعة آدم [٤] .

عن الزهري قال : كان أموال بني النضيـر مما أفاء الله على رسوله ولم يوجف عليه بخيل ولاركاب ، فكانـت لرسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] خالصة، فقسمها رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] بين المهاجرين ولم يعط

---

(١) كتاب الخراج : ص ٢٦ باب أرض الخراج . . . ح ٤٥ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٢٨ باب أرض الخراج . . . ح ٥١ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٣١ باب ما ليس فيه زكاة ح ٧١ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٣٢ باب ما ليس فيه زكاة ح ٧٥ .

أحداً من الانصار منها شيئاً، الارجلين كانا فقيرين ، سماك بن خرشة أبادجانة، وسهل بن حنيف [١]

عن انس بن مالك قال: دعا رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] الانصار ليكتب لهم بشيء بالبحرين، فقالوا: لا، حتى تكتب لاخوانـنا من المهاجرين بمثله، فقال: انكم سترون بعدى أثرة فاصبروا حتى تلقوني [٢].

عن محمد بن إسحاق، في قوله عزَّ وجل: «وما أفاء الله على رسوله منهم»؟ قال : من بني النضير. «فما اوجفتم عليـه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء» [٣] ؟ قال: أعلمهم انها لرسوله خاصة دون الناس، فقسمها فى المهاجرين الا سهل بن حنيف وأبا دجانة ذكرا فقراً فأعطاهما، قال: وأماقوله «ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول» [٤] الى آخر الاية، قال: هذا قسم آخر بين المسلمين على ماوضعه الله عزوجل عليه [٥].

عن الكلبي قال : لما ظهر رسول الله [صلى الله عليـه وآله و سلم] على أموال بنى النضير وكانوا أول من أجلى، وذلك قوله عزوجل: «هو الذي اخرج الذين كفروا من اهل الكتاب من ديارهم لاول الحشر» [٦] قال: الحشر هو الجلاء وهو قوله عزوجل: «ولولا ان كتب الله عليهم الجلاء» [٧] فكانت مما لم يوجف

---

(١) كتاب الخراج : ص ٣٣ باب الغنيمة والفيء ح ٧٩ .

(٢) كتاب الخراج : ص ٣٣ باب الغنيمة والفيء ح ٨٠ .
وصحيح البخاري ج ٤ ص ٦٤ باب ما أقطع النبي من . . .

(٣ ـ ٤) سورة الحشر ، الآية : ٦ ـ ٧ .

(٥) كتاب الخراج : ص ٣٤ باب الغنيمة والفيء ح ٨١ .

(٦) سورة الحشر ، الآية : ٢ .

(٧) سورة الحشر ، الآية : ٣ .

المسلمون عليه بخيل ولا ركاب: «ولكن الله يسلط رسله على من يشاء» فقال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] للانصار: ان اخوانكم من المهاجرين ليست لهم اموال، فان شئتم قسمت هذه واموالكم بينكم وبينهم جميعاً، وان شئتم امسكتم أموالكم وقسمت هذه فيهم خاصة، قال: فقالوا: لا، بل تقسم هذه فيهم واقسم لهم من اموالنا ماشئت، قال: فنزلت: «ويؤثرون على انفسهم ولو كان بهم خصاصة».(١)

عن الزهري و عبد الله بن أبي بكر وبعض ولد محمد بن مسلمة، قالوا: بقيت بقية من أهل خيبر تحصنوا فسألوا رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أن يحقن دماءهم ويسيرهم، ففعل. فسمع بذلك أهل فدك، فنزلوا على مثل ذلك، فكانت لرسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] خالصة، لانه لم يوجف عليها بخيل ولاركاب.(٢)

عن بشير بن يسار: ان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] قسم خيبر على ستة وثلاثين سهماً لرسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] ثمانية عشر سهماً لما ينوبه من الحقوق وأمر الناس، وقسم ثمانية عشر سهماً فضرب كل سهم لمأة رجل، وكان معه يومئذ مأة فرس.(٣)

عن يحيى بن سعيد قال: سمعت بشير بن يسار يقول: قسمت سهمان خيبر على ستة وثلاثين سهماً، جمع كل سهم مأة منهم، وكان من ذلك ثمانية عشر

---

(١) سورة الحشر، الآية: ٩.
(٢) كتاب الخراج: ص ٣٤ باب الغنيمة والفيء ح ٨٤.
(٣) سنن أبي داوود: ج ٣ ص ١٦٢ ح ٣٠١٦.
(٤) كتاب الخراج: ص ٣٧ باب الغنيمة والفيء ح ٩٠.

سهماً جمعاً للمسلمين، اقتسموها بينهم، منها سهم رسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] مثل سهم أحدهم، وثمانيـة عشر سهماً وقفت لمن نزل برسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] من الناس والوفود وما نابه، فكتب فيها رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] للناس، وكان لازواجه من ذلك.

قال يحيى بن سعيد : بلغنا انـه كان لازواجه في ذلك ـ كتبه لكل امرأة منهن ـ ثمانون وسقاً تمراً وعشرون حباً.[1]

عن الكلبي قال: قسم رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أموال بنـي النضير الا سبعة حوائط منها امسكها ولم يقسمها.[2]

عن بشير بن يسار: انه سمع نفراً من أصحاب رسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] قالوا : ان رسول الله [صلى الله عليـه وآله وسلم] حين ظهر على خيبر ، قسمها رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] على ستة وثلاثين سهماً، جمع كل سهم مائـة سهم ، وكـان النصف سهامـاً للمسلمين وسهم رسـول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] وعزل النصف لما ينوبه من الامور النوائب.[3]

عن عبد الله بن أبي بكر وغيره: ان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] خرج يستعين بني النضير في دية، فارادوا قتله، فخرج اليهم فامتنعوا منه ، ثم سألوه ان يجليهم ويكف عن دمائهم على ان لهم ما حملت الابل من أموالهم الا الحلقة، فخرجوا وخلوا أموالهم للنبي [صلى الله عليه وآله وسلم] فكانت له خاصة لانه لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب.[4]

---

(١) كتاب الخراج : ص ٣٧ باب الغنيمة والفيء ح ٩١ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٣٨ باب الغنيمة والفيء ح ٩٢ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٣٨ باب الغنيمة والفيء ح ٩٤ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٣٩ باب الغنيمة والفيء ح ٩٦ .

عن ابن عباس قال: قسمت خيبر على ألف سهم وخمس مائة وثمانين سهماً والذين شهدوا الحديبية ألف وخمس مائة وأربعون رجلاً، والذين كانوا مع جعفر بأرض الحبشة أربعون رجلاً وكان معهم يومئذ مائتا فرس أونحوها فأسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهماً، قال ابو بكر ثم قسم رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أرض بني النضير وأرض بنى قريظة ولم يقسم فدك، قال: ولم يقسم عمر بن الخطاب سوادنا هذا.

عن حارثة بن مضرب، عن عمر: انه أراد أن يقسم السواد بين المسلمين فأمر بهم ان يحصوا، فوجد الرجل المسلم يصيبه ثلاثة من الفلاحين، يعني العلوج، فشاور أصحاب النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] فى ذلك فقال له ـ يعني علياً [عليه السلام] ـ دعهم يكونون مادة المسلمين، فبعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين، وأربعة وعشرين، واثنى عشر.(٢)

عن علي [عليه السلام] قال: ايها الناس أعينوا على أنفسكم، فان السبعة ـ أوقال: التسعة ـ يكونون في القرية فيحيونها بأذن الله عزوجل ولولا أن يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت هذا السواد بينكم.(٣)

عن ثعلبة الحماني قال: دخلنا على علي [عليه السلام] بالرحبة، فقال: لولا أن يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت هذا السواد بينكم.(٤)

عن علي [عليه السلام] قال: لولا ان يضرب بعضكم وجوه بعض لقسمت

---

(١) كتاب الخراج: ص ٤١ باب قسم الفيء ح ١٠٠.
(٢) سنن البيهقي: ج ٩ ص ١٣٤.
(٣) كتاب الخراج: ص ٤٦ باب قسم الفيء ح ١١٣.
(٤) سنن البيهقي: ج ٩ ص ١٣٠.

السواد بينكم ، قال : وشكا أهل السواد إلى علي [عليه السلام] فبعث مائة فارس فيهم ثعلبة بن يزيد الحمانى، فلما رجع ثعلبة ، قال في مسجد بني حمان: لله علي ان لاأرجع الى السواد ، مما رأى فيه من الشر.(١)

عن الزهري قال : قضى رسول الله [صلى الله عليه و آله و سلم] فيمن أسلم من أهل البحرين أنه قد احرز دمه وماله، الأأرضه فانها فيء للمسلمين ، لانهم لم يسلموا وهم ممتنعون .(٢)

عن جابر قال : كانوا لايقتلون تجار المشركين .(٣)

عن عمر بن عبد العزيز قال: لاتقتلوا راهباً ولاأكاراً .(٤)

عن أيوب السختياني، عن رجل، عن أبيه قال: نهى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] عن قتل الوصفاء والعسفاء.(٥)

عن ابن سيرين قال: السواد كان بعضه عنوة وبعضه صلح.(٦)

عن ابن سيرين قال : السواد منه صلح ومنه عنوة ، فما كان منه عنوة فهو للمسلمين، وما كان منه صلحاً فلهم أموالهم.(٧)

عن الزبير بن عدى ، عن رجل من جهينة قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] من أقر بالخراج بعد ان أنقذه الله عزوجل منه فعليه لعنة الله

---

(١) كتاب الخراج : ص ٤٧ باب قسم الفيء ح ١١٧ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٤٩ باب عهد أهل السواد ح ١٢٩ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٩ ص ٩١ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٥١ باب عهد أهل السواد ح ١٣٤ .
(٥) سنن البيهقي : ج ٩ ص ٩١ .
(٦) كتاب الخراج : ص ٥٣ باب صلح أهل السواد ح ١٤٧ .
(٧) سنن البيهقي : ج ٩ ص ١٣٣ .

والملائكة والناس أجمعين .(١)

عن القاسم بن عبد الرحمن قال : جاء دهقان الى عبد الله بن مسعود فقال : اشتر مني أرضي ، فقال عبدالله : على أن تكفيني خراجها، قال : نعم ، فاشتراها منه .(٢)

عن عامر قال : اشترى عتبة بن فرقد أرضاً من أرض الخراج ، ثم أتى عمر فأخبره، فقال: ممن اشتريتها؟ قال: من اهلها ، قال : فهؤلاء أهلها ـ قال : للمسلمين ـ أبعتموه شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : فاذهب فاطلب مالك حيث وضعته .(٣)

عن أبي عون الثقفي قال: كان عمر وعلي[عليه السلام] اذاأسلم الرجل من أهل السواد تركاه يقوم بخراجه في أرضه(٤) .

عن الزبير بن عدي قال : أسلم دهقان من أهل السواد فيعهد علي [عليه السلام] فقال له علي[عليه السلام]: ان أقمت في أرضك رفعت الجزية عن رأسك وأخذنا من أرضك ، وان تحولت عنها فنحن أحق بها .(٥)

عن أبي عون قال: أسلم دهقان من أهل عين التمر ، فقال له علي [عليه السلام] أما جزية رأسك فنرفعها، وأما ارضك فللمسلمين، فان شئت فرضنا لك، وان شئت جعلناك قهرماناً لنا، فما أخرج الله عزوجل من شيء أتيتنا به .(٦)

---

(١) كتاب الخراج : ص ٥٤ باب صلح أهل السواد ح ١٥٠ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٥٦ باب شراء أرض الذميين ح ١٦٦ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٥٧ باب شراء أرض الذميين ح ١٦٨ .
(٤) سنن البيهقي : ج ٩ ص ١٤١ .
(٥) سنن البيهقي : ج ٩ ص ١٤٢ .
(٦) سنن البيهقي : ج ٩ ص ١٤٢ .

عن رزام بن سعد الضبي، عن أبيه قال: جاء رجل الى علي [عليه السلام] فقال: أتيت أرضاً قد خربت وعجز عنها أهلها، فكريت أنهاراً وزرعتها، قال: كل هنيئاً وانت مصلح غير مفسد، معمر غير مخرب.(١)

عن رجل من بني أسد عن أبيه قال: أصفى حذيفة أرض كسرى وارض آل كسرى، ومن كان كسرى أصفى أرضه وأرض من قتل، ومن هرب، والاجام ومغيض الماء.(٢)

عن رجل من بني أسد قال: لم أدرك بالكوفة أحداً كان أعلم بالسواد منه قال: بلغت غلة الصوافي على عهد عمر بن الخطاب، أربعة آلاف آلاف، وهي التي يقال لها صوافي الاستان اليوم، فقلت: وما الصوافي؟ قال: ان عمر بن الخطاب أصفى كل أرض كانت لكسرى، أو لال كسرى، أو رجل قتل فى الحرب أو رجل لحق باهل الحرب، أو مغيض ماء، أو دير بريد، قال: وخصلتين ذكرهما لم أحفظهما، وفي حديث قيس: والاجام ومن كان كسرى اصفى أرضه.(٣)

عن الزهري قال: ليس في مواشي أهل الكتاب صدقة الانصارى بنى تغلب أو قال: نصارى العرب الذين عامة أموالهم المواشى.(٤)

عن زياد بن حدير قال: كتب الي عمر: ان لاتعشر بني تغلب فى السنة الا مرة.(٥)

عن طاووس قال: لايستحلف الرجل المصدق الرجل اذا أتهمه، وقال غيره:

---

(١) كتاب الخراج: ص ٦٣ باب اصلاح الأرض المهملة ح ١٩٦.

(٢) سنن البيهقي: ج ٩ ص ١٣٤.

(٣) كتاب الخراج: ص ٦٤ باب اصلاح الأرض المهملة ح ١٩٩.

(٤) كتاب الخراج: ص ٦٥ باب أموال نصارى بني تغلب ح ٢٠١.

(٥) سنن البيهقي: ج ٩ ص ٢١٨.

يستحلفهم العاشر ويقبل قولهم.(١)

عن طاووس قال: انما العاشر يهديهم ومن أعطاه شيئاً قبله (٢) .

عن أبي هريرة قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : منعت العراق درهمها وقفيزها ، ومنعت الشام مديها ودينارها ، ومنعت مصر اردبها ودينارها ، وعدتم من حيث بدأتم، وعدتم من حيث بدأتم، وعدتم من حيث بدأتم، شهد على ذلك لحم ابي هريرة ودمه، قال يحيى: يريد من هذا الحديث ان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] ذكر القفيز والدرهم قبل ان يضعه عمر على الأرض.(٣)

عن معاذ بن جبل قال : بعثني رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] الى اليمن وامرني ان آخذ من كل حالم ديناراً او عدله معافر.(٤)

عن الحكم قال : كتب رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] الى معاذ بن جبل باليمن أن يأخذ من كل حالم أو حالمة ديناراً أو قيمته ، ولا يفتتن يهودياً عن يهوديته(٥) .

عن ابي الحويرث قال : ضرب رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] على نصارى بمكة ديناراً لكل سنة (٦) .

حدثنا عبدالملك بن عمير قال: اخبرني رجل من ثقيف قال: استعملني علي

---

(١) كتاب الخراج : ص ٦٩ ح ٢١٧ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٦٩ ح ٢١٨ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٧١ ح ٢٢٧ .
(٤) سنن البيهقي : ج ٩ ص ١٨٧ .
(٥) كتاب الخراج : ص ٧٢ باب الذين تضرب عليهم الجزية ح ٢٢٩ .
(٦) كتاب الخراج : ص ٧٣ باب الذين تضرب عليهم الجزية ح ٢٣٠ .

ابن أبي طالب [عليه السلام] على بزرج سابور، فقال: لا تضربن رجلاً سوطاً في جباية درهم، ولا تبيعن لهم رزقاً، ولا كسوة شتاء ولا صيف، ولا دابة يعتملون عليها ولا تقيمن رجلا قائماً في طلب درهم، قال: قلت: ياامير المؤمنين اذاً ارجع اليك كماذهبت من عندك، قال: وان رجعت كما ذهبت، ويحك، انا امرنا ان نأخذ منهم العفو، يعني الفضل[(١)].

عن زيد بن رفيع قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم]: من ظلم معاهداً او كلفه فوق طاقته فأنا حجيجه إلى يوم القيامة[(٢)].

عن رجل من جهينة من اصحاب رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم]: لعلكم تقاتلون قوماً فتظهرون عليهم فيتقونكم بأموالهم دون انفسهم وابنائهم، وتصالحونهم على ذلك، فلاتصيبوا منهم بعد ذلك شيئاً، قال يحيى بن آدم: وهذا شبيه بحال سواد الكوفة[(٣)].

عن عبدالرحمن بن البيلماني: ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من اهل الكتاب فرفع الى النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] فقال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] انا احق من وفى بذمته، ثم أمر به فقتل[(٤)].

عن عبدالله بن مسعود قال: من كان له عهد اوذمة فديته دية المسلم[(٥)].

---

(١) كتاب الخراج: ص ٧٤ باب الرفق بأهل الذمة ح ٢٣٤.
(٢) كتاب الخراج: ص ٧٥ باب الرفق بأهل الذمة ح ٢٣٥.
وسنن أبي داوود: ج ٣ ص ١٧٠ ح ٣٠٥٢.
(٣) كتاب الخراج: ص ٧٥ باب الرفق بأهل الذمة ح ٢٣٧.
(٤) سنن البيهقي: ج ٨ ص ٣٠.
(٥) سنن البيهقي: ج ٨ ص ١٠٣.

حدثنا هشام بن عروة عن ابيه: ان ابابكر اقطع الزبير مابين الجرف الى قنـاة .(١)

حدثناالحسن، قال: سمعت عبدالله بن الحسن يقول: ان علياً[عليه السلام] سأل عمربن الخطاب فأقطعه ينبع .(٢)

قال حسن بن صالح قال : سمعت جعفر بن محمد يقول : [عليه السلام] اعطى رسول الله [صلى الله عليه وآلـه وسلم] علياً [عليه السلام] بئر قيس والشجرة .(٣)

عن عوف الاعرابي قال : قرأت كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى : أن أبا عبدالله سألني ارضاً على شاطىء دجلة يفتلي فيها خيله ، فإن كانت ليست من أرض الجزية ، ولا يجزي إليها ماء الجزية ، فأعطها إياه (٤) .

عن ابن طاوس عن رجل من أهل المدينة : أن رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أقطع رجلا أرضاً ، فلما كان عمر : ترك في يديه منها ما يعمره ، وأقطع بقيتها غيره .(٥)

عن موسى بن طلحة قال : أقطع عمر خمسة من أصحاب النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] : سعد بن أبي و قاص ، وعبد الله ابن مسعود ، و خباب ، و اسامة بن زيد ، قال : واراه قال الزبير ، قال : فأما أسامة فباع أرضه .(٦)

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٤ .
(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٤ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٤ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٧٨ باب القطائع ح ٢٤٦ .
(٥) كتاب الخراج : ص ٧٨ باب القطائع ح ٢٤٧ .
(٦) كتاب الخراج : ص ٧٨ باب القطائع ح ٢٤٨ .

عن محمد بن عبيد الله الثقفي قال : كان بالبصرة رجل يقـال له نافع ابو عبـدالله ـوكـان أول من افتـلي الفـلي بـالبصرة ـفـأتى عمـر فقـال : أن بـالبصرة أرضـاً ليست بأرض الخراج ولاتضر بأحد من المسلمين،قال : فكتب اليه أبوموسى يعلمه بذلك ويخبره : انه أول من افتلى الفلى بالبصرة فقال : أزرعها لخيلي ، قال : فكتب عمر الى ابي موسى : ان كانت ليست تضر بأحد من المسلمين و ليست من أرض الخراج فأقطعها أياه(١) .

عن جابر قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله و سلم] : من كان له شرك في نخل أوربعة فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فأن رضى أخذ و ان كره ترك .(٢)

عن أبي أسيد قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : من زرع زرعاً ، أو غرس غرساً فله أجر ما اصابت منه العوافي .(٣)

عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] : من أحيا ميتة فله أجر فيها ، وما اكلت العافية منها فهو له صدقة .(٤)

عن جابر قال : قال رسول الله[صلى الله عليه وآله وسلم]: من زرع زرعاً أو غرس غرساً فاكل منه انسان أو سبع أو طائر فهو له صدقة.(٥)

عن عتبة بن ضمرة بن حبيب ، عن أبيه قال : قال رجل : يـا رسول الله

---

(١) كتاب الخراج : ص ٧٨ باب القطائع ح ٢٤٩ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٨٠ باب القطائع ح ٢٥٣ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٨١ باب غرس النخل والزرع ح ٢٥٨ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٨٢ باب غرس النخل والزرع ح ٢٥٩ .
(٥) كتاب الخراج : ص ٨٢ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦٠ .

أي المال أفضل ؟ قال: عقار مادرغيثه ، واصلحه صاحبه وآتى حقه يوم حصاده.[١]

عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : من غرس غرساً فماأكل منه وما سرق منه وما أكل السبع والطير فهو له صدقة ولايرزأ منه أحد الا كان له صدقة .[٢]

عن ابي جعفر قال : ما قتل ابن عفان حتى بلغت غلة علي مأة ألف .[٣]

عن سعيد بن حريث قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : لا يبارك في ثمن أرض أو دار الا ان يجعل في أرض أو دار .[٤]

عن أبي عون قال : قال عثمان بن مظعون : وجدت ما يقول أهل الكتاب ـ أو كدت أجد ما يقول أهل الكتاب ـ حقاً انه مكتوب في التوراة : أنه من باع عقاراً أو ورثها عن ابيه ولم يجعل ثمنها في عقار ، دعت عليه طرفي النهار: ان لا يبارك له فيه .[٥]

عن هشام بن عروة ، عن أبيه قال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] : من أحيا أرضاً ميتة فله رقبتها ، وليس لعرق ظالم حق .[٦]

عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، رفعه الى النبي [صلى الله عليه و آله وسلم] قال : من أحيا مواتاً من الارض فهي له ، و ليس لعرق ظالم حق .[٧]

---

(١) كتاب الخراج : ص ٨٢ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦١ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٨٢ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦٢ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٨٣ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦٣ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٨٣ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦٤ .
(٥) كتاب الخراج : ص ٨٣ باب غرس النخل والزرع ح ٢٦٥ .
(٦) كتاب الخراج : ص ٨٤ باب من أحيا أرضاً ح ٢٦٦ .
(٧) كتاب الخراج : ص ٨٤ باب من أحيا أرضاً ح ٢٦٧ .

عن هشـام بن عروة ، عن أبيه قـال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله و سلم] : من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق.(١)

عن ابن عباس قال : ان عادى الارض لله ولرسوله ولكم من بعد، فمن أحيا شيئاً من موتان الارض فهو أحق به.(٢)

عن طـاوس قال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله و سلم] : عادى الارض لله و لرسوله ثم لكم من بعـد ، فمن أحيـا شيئاً من موتان الارض فله رقبتها.(٣)

عن هشام بن عروة ، عن أبيه قال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله وسلم] من أحيا أرضاً ميتةفهو أحق بها، وليس لعرق ظالم حق، قال : قال هشام العرق الظالم أن يأتي ملك غيره فيحفر فيه.(٤)

حدثنا أبو شهاب قال : سألت سفيان بن سعيد ، عن العرق الظالم، فقال : هو المنتزي.(٥)

عن الزبير ، عن أبيه قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله و سلم] : من أحيا أرضاً ميتة لم تكن لاحد قبله فهي له، و ليس لعرق ظالم حق ، قال : فلقد حدثني صاحب هذا الحديث أنه أبصر رجلين من بيـاضة يختصمان الى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] في أرض لاحدهما ، غرس فيها الاخر نخلا، فقضى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] لصاحب الارض بأرضه ،

---

(١) كتاب الخراج : ص ٨٤ باب من أحيا أرضاً ح ٢٦٨ .

(٢) كتاب الخراج : ص ٨٥ باب من أحيا أرضاً ح ٢٦٩ .

(٣) كتاب الخراج : ص ٨٦ باب من أحيا أرضاً ح ٢٧٠ .

(٤) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .

(٥) كتاب الخراج : ص ٨٦ باب من أحيا أرضاً ح ٢٧٣ .

وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله، قال : فلقد رأيته يضرب في اصول النخل بالفؤوس وانه لنخل عم ، قال يحيى : والعم قال بعضهم : الذي ليس بالقصير ولا بالطويل ، وقال بعضهم : العم القديم ، وقال بعضهم : الطويل .(١)

عن كثير بن عبد الله المزني ، عن ابيه ، عن جده قال : قال رسول الله [صلى الله عليه و آله و سلم] : من احيا مواتاً من الارض في غير حق مسلم فهو له ، وليس لعرق ظالم حق .(٢)

قال يحيى : قال بعضهم : لاتكون الارض لمن احياها الا ان يكون ذلك بأذن الامام ، وقال بعضهم : ان لم يعلم به الامام حتى يحييها فهي له ، وقد جائت الاثار : من احيا ارضاً ميتة في غير حق مسلم ولامعاهد فهي له ، و من احتفر بئراً فله حريمها اربعون ذراعاً ، وليس في الحديث بأذن الامام .(٣)

قال يحيى: واحياء الارض ان يستخرج فيها عيناً او قليباً او يسوق الماء اليها ، وهي ارض لم تزرع ولم تكن في يد أحد قبله يزرعها او يستخرجها حتى تصلح للزرع ، فهذه لصاحبها ابداً، لاتخرج من ملكه ، وان عطلها بعد ذلك، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : من احيا ارضاً فهي له، فهذا اذن من رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] فيها للناس ، فان مات فهي لورثته وله ان يبيعها ان شاء .(٤)

---

(١) كتاب الخراج : ص ٨٦ باب من أحيا أرضاً ح ٢٧٤ .
وفي سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ وفيه « أجمة » بدل « الأرض » .
(٢) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٢ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٨٩ باب من أحيا أرضاً ميتة ح ٢٨٢ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٩٠ باب من أحيا أرضاً ميتة ح ٢٨٤ .

قال يحيى: والتحجير فهو غير الارض، قال ابن مبارك: التحجير ان يضرب على الارض الاعلام والمنار، فهذا الذي قبل فيه: ان عطلها ثلاث سنين فهي لمن احياها بعده.[1]

عن عمرو بن شعيب، قال: اقطع رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] اناساً من مزينة او جهينة ارضاً فعطلوها، فجاء قوم فأحيوها، فقال عمر: لو كانت قطيعة مني او من ابى بكر لرددتها، ولكن من رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] قال: وقال عمر: من عطل ارضاً ثلاث سنين لم يعمرها فجاء غيره فعمرها فهي له.[2]

عن عمرو بن شعيب: ان عمر جعل التحجير ثلاث سنين، فان تركها حتى تمضي ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها.[3]

عن سمرة بن جندب، قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] من أحاط حائطاً على شيء فهو له.[4]

عن عبدالله بن أبي بكر قال: جاء بلال بن الحارث المزني الى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] فاستقطعه أرضاً فأقطعها له طويلة عريضة، فلما ولى عمر، قال له: يا بلال انك استقطعت رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أرضاً طويلة عريضة فقطعها لك وان رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] لم يكن يمنع شيئاً يسأله، وانت لا تطيق ما في يديك، فقال: اجل، فقال: فانظر ما

---

(١) كتاب الخراج: ص ٩٠ باب التحجير ح ٢٨٥.
(٢) كتاب الخراج: ص ٩٠ باب التحجير ح ٢٨٧.
(٣) كتاب الخراج: ص ٩١ باب التحجير ح ٢٨٨.
(٤) كتاب الخراج: ص ٩٢ باب التحجير ح ٢٩٠.

قويت عليه منهافأمسكه، ومالم تطق ومالم تقو عليه فادفعه الينانقسمه بين المسلمين فقال : لاأفعل والله شيئاً أقطعنيه رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] فقال عمر والله لنفعلن ، فأخذ منه ماعجزعن عمارته ، فقسمه بين المسلمين .[1]

عن رافع بن خديج ، يرفعه الى النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] قال : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته ، وليس له من الزرع شيء .[2]

عن عبدالرحمن بن سابط قال : لعن رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] من يسرق المنار ، قال : قلت : وماسرقة المنار ؟ قال : الرجل يأخذ من أرض صاحبه في أرضه .[3]

عن عكرمة ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] لاضرر ولاضرار في الاسلام ، والطريق المثناء سبع اذرع .[4]

عن مجاهد ، قال : كانت نخلة لرجل في حائط قوم ، فأرادوه أن يبيعهم فأبى ، فذكر ذلك لرسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] فقال : لاضرر في الاسلام .[5]

عن جعفر بن محمد عن ابيه [عليه السلام] قال : قضى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] في سيل مهزور أن لاهل النخل الى العقبين ولاهل الزرع

---

(١) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٤٩ .
(٢) كتاب الخراج : ص ٩٣ باب التحجير ح ٢٩٥ .
(٣) كتاب الخراج : ص ٩٦ باب التصرف في أرض ح ٣٠٢ .
(٤) كتاب الخراج : ص ٩٧ باب التصرف في أرض ح ٣٠٣ .
(٥) كتاب الخراج : ص ٩٨ باب التصرف في أرض ح ٣٠٤ .

الى الشراكين ثم يرسلون إلى الماء من هوأسفل منهم .[١]

عن عبدالله قال : أسفل أهل الشرب أمراء اعلاه .

عن ثور بن يزيد، يرفعه الى النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] قال: المسلمون شركاء في الكلأ والماء والنار[٢] .

عن ابي هريرة قال: قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم]: حريم البئر أربعون ذراعاً من نواحيها كلها لاعطان الابل والغنم وابن السبيل أول شارب ، ولا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلاء .[٣]

عن عائشة قالت : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] لايمنع نقع البئر .[٤]

عن أبي جعفر قال : نهى رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : عن نقع البئر ان يمنع .[٥]

عن عروة بن الزبير ، قال : خاصم رجل من الانصار من بني أمية الزبير في شرج من شروج الحرة ، فقال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] أشرب يازبير ثم خل سبيل الماء ، فقال الذي من بني أمية : العدل يا رسول الله وان كان أبن عمتك ، فتغير وجه رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] حتى عرف أن قد ساءه ما قال ، فقال . يازبير احبس الماء حتى يبلغ الكعبين ـ أو قال :

(١) كتاب الخراج : ص ٩٩ باب العيون والأنهار ح ٣٠٩ .
(٢) كتاب الخراج : ص ١٠١ باب العيون والأنهار ح ٣١٥ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٥ .
(٤) كتاب الخراج : ص ١٠٣ باب العيون والأنهار ح ٣٢١ .
(٥) كتاب الخراج : ص ١٠٣ باب العيون والأنهار ح ٣٢٢ .

الجدار، ثم خل سبيل الماء قال : ونزلت ــ أوقال: فتلا ــ : «فلاوربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجربينهم» الى آخر الاية ، قال : قال يحيى الشرج أظنه وادياً صغيراً من الشراج .(١)

عن الحسن قال : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : من حفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها عطن لماشيته .(٢)

عن بلال العبسي ، عن النبي [صلى الله عليه وآله وسلم] انه قال : لاحمى الا في ثلاث : ثلة البئر ، وطول الفرس ، وحلقة القوم .(٣)

عن اسماعيل بن أبي سعيد قال : سمعت عكرمة يقول : قال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] : ان الله عزوجل جعل للزرع حرمة غلوة سهم .(٤)

قال يحيى : والغلوة مابين ثلاثمأة ذراع وخمسين الى اربعمأة ، والميل ثلاثة آلاف وخمس مأة ذراع ، وكان أربعة آلاف .(٥)

عن الزهري قال : أخبرني سعيد بن المسيب، ان حريم بئر البدي خمسة وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها ، وحريم العادية خمسون ذراعاً من نواحيها كلها ، وحريم بئر الزرع ثلاثمأة ذراع من نواحيها كلها، قال : وقال الزهري : وسمعت الناس يقولون : حريم العيون خمس مأة ذراع .(٦)

عن الزهري ، عن رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] انه قال : حريم

---

(١) كتاب الخراج : ص ١٠٦ باب العيون والأنهار ح ٣٣٧ .
(٢) كتاب الخراج : ص ١٠٣ باب العيون والأنهار ح ٣٢٣ .
(٣) سنن البيهقي : ج ٦ ص ١٥٦ .
(٤) كتاب الخراج : ص ١٠٤ باب العيون والأنهار ح ٣٢٠ .
(٥) كتاب الخراج : ص ١٠٤ باب العيون والأنهار ح ٣٢٦ .
(٦) كتاب الخراج : ص ١٠٤ باب العيون والأنهار ح ٣٢٧ .

البئر العادى خمسون ذراعاً ، وحريم البئر البدى خمسة وعشرون ذراعاً ، قال : وقال سعيد بن المسيب : حريم قليب الزرع ثلاثمأة ذراع ، قال : وقال الزهري للعين وماحولها ثلاثمأة ذراع .[1]

عن عمرو بن دينار قال : سمعت أبا المنهال عبد الرحمن بن مطعم ، قال سمعت أياس بن عبدالمزنى يقول : لاتبيعوا الماء فانى سمعت رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] ينهى عن بيع الماء[2] .

عن سالم مولى عبدالله بن عمرو قال: اعطونى بفضل الماء من أرضه بالوهط ثلاثين الفاً ، قال : فكتبت الى عبدالله بن عمرو ، فكتب الي : لاتبعه ، ولكن أقم قلدك ثم اسق الادنى فالادنى ، فانى سمعت رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] ينهى عن بيع فضل الماء [3]

عن عبيدالله بن العيزار : أن امرأة من اهل البادية حدثت عن ابيها اوعن جدها: انه اتى النبى [صلى الله عليه وآله وسلم] فقال : يارسول الله ماشيء لايحل منعه ، قال: فقال رسول الله [صلى الله عليه وآله وسلم] الماء لايحل منعه والملح لايحل منعه .[4]

عن يحيى بن قيس المأربى ، عن رجل ، عن ابيض ابن حمال : انه استقطع النبى [صلى الله عليه وآله وسلم] الملح الذي بمأرب فأراد ان يقطعه اياه ، فقال رجل : انه كالماء العد ، فأبى ان يقطعه.[5]

---

(١) كتاب الخراج : ص ١٠٥ باب العيون والأنهار ح ٣٢٩ .
(٢) كتاب الخراج : ص ١٠٧ باب العيون والأنهار ح ٣٣٨ .
(٣) كتاب الخراج : ص ١٠٨ باب العيون والأنهار ح ٣٤٠ .
(٤) كتاب الخراج : ص ١٠٩ باب العيون والأنهار ح ٣٤٥ .
(٥) كتاب الخراج : ص ١١٠ باب العيون والأنهار ح ٣٤٦ .

المحتويات

فصل
في الأرضين
١١ ـ ١٨٨

الموضوع ——— الصفحة

الموضوع ــــــــ الصفحة

فصل
في المنافع المشتركة
١٩١

الموضوع — الصفحة

الموضوع — الصفحة